

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

RONALDO DE PAULA MION

**A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES**

**CURITIBA
2007**

RONALDO DE PAULA MION

**A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES**

Monografia a ser apresentado
como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto
Nelson de Miranda Coutinho.

**CURITIBA
2007**

AGRADECIMENTOS

Ao professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que me auxiliou em todas as etapas desta pesquisa.

À minha mãe Dirce Mion, e a minha irmã Giovana Mion, pela eterna paciência e incentivo.

À Mônica pelo apoio irrestrito e incondicional.

E aos meus amigos da faculdade, que sempre se dedicaram com muita determinação aos estudos, em especial a Guilherme Correa e a Marcel Bach, meus futuros sócios.

RESUMO: o presente trabalho, tem o objetivo de analisar uma questão bastante controvertida do direito processual penal brasileiro, qual seja, as prisões cautelares. As prisões cautelares serão analisadas com base nos dispositivos elencados no ordenamento jurídico pátrio, no Código de Processo Penal, e em especial na Constituição da República de 1988. Será demonstrada a maneira com a qual os tribunais têm aplicado de maneira excessiva, e algumas vezes desnecessárias, as prisões de natureza cautelar, cominando na chamada banalização das prisões cautelares. Tendo com base das funções constitucionais destinadas pela Constituição da República, mostrar-se-á como devem agir os membros da instituição Ministério Público neste contexto da banalização das prisões cautelares, para efetivar a Constituição da República, e, assim, respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República – Código de Processo Penal – Direitos e Garantias Fundamentais – Prisões Cautelares - Ministério Público.

SUMÁRIO

RESUMO	3
1 INTRODUÇÃO	5
2 PRISÕES CAUTELARES	6
2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DAS PRISÕES CAUTELARES	6
2.1.1 Prisões Cautelares na Antiguidade	6
2.1.2 Prisões Cautelares na Idade Média	8
2.1.3 Prisões Cautelares na Modernidade	9
2.1.4 Prisões Cautelares no Brasil	10
2.1.4.1 Prisões cautelares no período colonial.....	10
2.1.4.2 Prisões cautelares no período imperial	11
2.1.4.3 Prisões cautelares no período republicano	12
2.2. FINALIDADE E PRESSUPOSTOS	14
2.2.1 Finalidade.....	14
2.2.2 Pressupostos.....	16
2.2.2.1 <i>Fumus commissi delicti</i>	18
2.2.2.2 <i>Periculum libertatis</i>	19
2.3. PRINCÍPIOS GERAIS DAS PRISÕES CAUTELARES	21
2.3.1 Princípio da Jurisdicionalidade	21
2.3.2 Princípio da Excepcionalidade	23
2.3.3 Princípio da Necessidade.....	25
2.3.4 Princípio da Proporcionalidade.....	26
2.3.5 Princípio da Adequação	28
3 A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES	29
3.1 O EXCESSIVO USO DAS PRISÕES CAUTELARES	29
3.2 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DE UM PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO	36
3.3 CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA	39
4 A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES	44
4.1 MINISTÉRIO PÚBLICO.....	44
4.1.1 Conceito	44
4.1.2 Princípios do Ministério Público.....	46
4.1.3 Funções – Constituição da República de 1988	48
4.1.3.1 Atuação criminal.....	50
4.2 A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES	53
5 CONCLUSÕES	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a forma com a qual atuam, ou deveriam atuar, dos membros da instituição Ministério Público face a banalização das prisões cautelares, tendo por base sua destinação prevista na Constituição da República de 1998: proteger os cidadãos e as leis, e, assim, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

A sistemática adotada compreende uma introdução, na qual, primeiramente, será exposta a maneira como as prisões cautelares são previstas e regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio, bem como os princípios que as prisões cautelares, seu histórico geral, e no Brasil, e seus requisitos essenciais, sempre tendo em vista os preceitos constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência, bem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Posteriormente mostrar-se-á a maneira como as prisões cautelares têm sido aplicadas efetivamente na praxe forense, e, sua conseqüente, banalização, onde não estão sendo respeitadas suas características essenciais de cautelaridade, excepcionalidade e necessidade. Serão também tratadas, as trágicas conseqüências que o uso desvirtuado das prisões cautelares traz para o cidadão, como, por exemplo, a antecipação de pena.

Por fim, realizar-se-á uma análise da estrutura da instituição Ministério Público, seus fundamentos e suas destinações constitucionais, os princípios que regem a sua atuação. Analisar-se-á ainda as suas formas de atuação, e em especial, a atuação na esfera criminal.

Assim, será exposta a maneira como as prisões cautelares estão previstas no ordenamento jurídico pátrio; a forma com que estão sendo banalizadas as prisões cautelares na praxe forense; e principalmente como devem agir os membros do Ministério Público ao se deparem com prisões cautelares irregulares e ilegais, devendo sempre preteri-las, pois somente respeitando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos é que se alcançará um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual o Promotor de Justiça é indispensável.

2 PRISÕES CAUTELARES

2.1 RAÍZES HISTÓRICAS DAS PRISÕES CAUTELARES

Para analisar a forma com a qual as prisões cautelares eram colocadas nos ordenamentos jurídicos, é necessário, antes de tudo, saber como era o modelo processual penal vigente, bem como o sistema por ele adotado, se era o sistema acusatório, ou inquisitório, isto com base no princípio reitor utilizado¹.

2.1.1 Prisões Cautelares na Antiguidade

O direito grego caracterizou-se pela diferenciação entre os delitos considerados públicos e os delitos considerados privados, sendo que a acusação nos primeiros poderia ser exercida por todos os cidadãos, enquanto nos segundos a ação era exercida pelo ofendido, ou por seus pais, tutores, ou amo².

O procedimento ocorria de forma oral e publica, com a presença de atos preliminares. Havia garantias ao acusado, pois ele poderia apresentar provas para sua defesa, como, por exemplo, prova testemunhal³. A acusação deveria se dar através de uma imputação formal e pública, desta forma assegurando a responsabilidade de quem a fizesse⁴.

Neste contexto processual penal, em que o princípio acusatório, não com a missão que tem hoje, porém, estava presente, existiam prisões cautelares, as quais, quando ocorriam, eram para o cumprimento da pena, e para aguardar o seu cumprimento, ou nos casos em que, salvo os delitos de conspiração contra a pátria e a ordem política, não era prestada a caução ou fiança de três cidadãos que se responsabilizassem pelo comparecimento do acusado em juízo⁵, logo, apesar de existirem prisões de natureza cautelar, a regra era a liberdade do cidadão acusado.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 1998. p. 165.

² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959, p. 23.

³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Idem*, p. 24.

⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Sugestões Livraria S/S, 1969, p. 49.

⁵ ALMEIDA JUNIOR, *Op. Cit.*, p.24.

Assim nota-se, que o respeito à liberdade era de tamanha importância na Grécia, que nenhum cidadão ateniense poderia ser preso antes de condenado, se três cidadãos se responsabilizassem pelo seu comparecimento ao juízo⁶, pois ele tinha a possibilidade de se defender, para tal, buscando provas.

Em Roma, no período republicano, o processo penal poderia ser de duas formas: processo penal privado e processo penal público. No processo penal privado, o Estado se colocava como um árbitro, o qual tinha a função de julgar o que fosse exposto pelas partes. O processo penal, logo, era acusatório.

Já o processo penal público durante a República romana tinha uma feição inquisitiva, uma vez que o órgão representante do Estado não apenas ficava adstrito ao resultado do contraditório formado pelas partes. O juiz era dotado de “amplos poderes discricionários na pesquisa da verdade criminal⁷”, podendo inclusive tomar a iniciativa para as averiguações que considerasse necessárias, ou seja, o órgão do Estado agia como acusador e julgador.

Durante o período republicano, havia uma restrição da prisão cautelar, pois a regra era a liberdade, sob a caução fidejussória, sendo que a prisão cautelar é encontrada, com mais frequência, a partir do período de características inquisitórias, qual seja, o período imperial (entre 27 aC e 476 d.C).

Como regra, em Roma, as prisões somente abrangiam os servos, sendo que os homens livres só poderiam ser presos caso viessem a confessar a autoria do delito, o qual, para ensejar sua prisão, deveria ser o delito de homicídio.

Assim, no período republicano, as prisões cautelares eram pouco usadas em Roma, com relação aos homens livres, pois somente poderiam ocorrer em casos de homicídio, e quando houvesse a confissão do acusado. Saliente-se, ainda, que a prisão não era aplicada quando houvesse a fideijussores (caução).

Interessante destacar que em Roma a prisão cautelar caracterizava-se por ser de curta duração, pois os processos tinham o prazo máximo de seis meses para terminar, logo, não havia a possibilidade de a prisão se estender por um prazo superior ao de seis meses. Desde Roma já se encontra um prazo máximo para a prisão cautelar, bem como para o encerramento do processo e, na realidade jurídica

⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. São Paulo, 1989, p. 289-290.

⁷ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973, p.47.

brasileira atual, ainda encontra-se processo tramitando por anos, e até por décadas, justo porque não há prazos definidos, dentre outros motivos, obviamente.

2.1.2 Prisões Cautelares na Idade Média

Tendo em vista a influência do direito germânico, o qual apesar de ser contraditório era bastante ritualista, na idade média o direito tomou uma feição religiosa, haja vista a enorme influência da igreja católica na sociedade.

Em Roma, conforme o acima exposto, um dos requisitos para a utilização da prisão cautelar era o de que o acusado confessasse a prática do delito a ele imputado⁸. Na idade média o indivíduo acusado de cometer um delito era preso, para somente em um momento posterior confessar.

Com o declínio do Império Romano as populações, com o fim de obter segurança, foram formando os feudos, locais estes em que se desenvolveu a vida medieval⁹. Neste contexto histórico a Igreja Católica estava coligada com o Poder, logo, as manifestações deste se davam em *nome de Deus*¹⁰. Ocorre que, próximo ao ano 1000 houve um aumento no número de hebreus e árabes que chegavam a Europa, e estavam trazendo outros hábitos, e, assim “inovando” o contexto social com novas práticas, por exemplo, comerciais. Tendo em vista as inovações que estavam ocorrendo, a Igreja Católica foi criando mecanismos para reprimi-las, e gradativamente foi formando um sistema que culminou com os Tribunais da Santa Inquisição, os quais se consolidaram com a Bula *Ad Extirpanda*. No que se refere ao direito processual penal, formou-se o sistema inquisitório, cabendo ao inquisidor acusar e julgar.¹¹

Assim, na idade média o processo penal era o inquisitório, sendo que, através da Santa Inquisição, o processo caracterizava-se pelo sigilo, pela gestão probatória nas mãos do juiz, e a acusação poderia ser apenas informal, pois utilizavam-se das chamadas “boca da verdade” (local em que eram colocados papéis com informações

⁸ SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. São Paulo: Leud Editora, 1993, p. 300.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19.

¹⁰ COUTINHO, *Idem*, p. 20.

¹¹ COUTINHO, *Idem*, p. 23.

de que um indivíduo havia cometido um delito); e o fim precípua do processo penal era sempre obter a confissão do acusado, principalmente após 1252, com a Bula *Ad Extirpanda*.

Na Idade Média, em virtude de considerar-se crime sinônimo de pecado, visava-se sempre a busca da “verdade”, sendo que o meio mais adequado para obtê-la era através da pessoa do acusado¹². Para a descoberta da “verdade”, a forma mais eficaz se dava através da confissão, motivo pelo qual a confissão era considerada o principal meio de prova. Assim, os fatos eram colocados em um segundo plano¹³, pois a maior importância era dada à confissão, já que ela era conhecida como a *Regina Probationum*, isto é, a rainha das provas. Contudo, para obtê-la, eram utilizados os meios mais cruéis possíveis, e as torturas eram a praxe nos tribunais da santa inquisição¹⁴.

Tendo como base a enorme importância conferida à confissão, pode-se compreender a razão pela qual a prisão cautelar era a regra durante a idade média: não havia como obter do acusado a confissão se este encontrava-se em liberdade, ou melhor, numa situação poderia o acusado – e era natural que fosse assim, como de fato foi no início – não colaborar, razão porque muito rapidamente se chegou na tortura. E para tal era imprescindível a presença física do acusado, o qual, via de regra, ficava preso preventivamente, ficando à disposição do seu algoz¹⁵.

2.1.3 Prisões Cautelares na Modernidade

O Iluminismo foi o movimento que dominou o momento político-filosófico após a formação dos Estados Modernos, sendo que se caracterizou pelo uso da racionalidade como o centro do pensamento filosófico. O movimento iluminista, com base no que se denominou direito natural, destacou-se pelo respeito aos direitos humanos naturais.

¹² COUTINHO, *Idem*, p. 25.

¹³ COUTINHO, *Idem*, p. 27.

¹⁴ BARREIROS, José António. *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 32.

¹⁵ BARREIROS, *Idem*, p. 12.

Neste período, destaque para a obra de Cesare Beccaria, para quem, as penas deveriam ser aplicadas humanamente, bem como proporcional ao delito cometido. Com relação à presunção de inocência, Beccaria afirmou que:

Um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada.¹⁶

No ano de 1789, através da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, houve a materialização dos direitos naturais do homem e do cidadão, com destaque para o artigo 9º, em que há a positivação da presunção da inocência¹⁷.

Observando o que dispõe o artigo 9º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, percebe-se que esta previa a possibilidade da prisão antes de ser o acusado declarado culpado, desta forma, devido as bases para a regulamentação da prisão de natureza cautelar, esta poderia ser decretada, desde que necessária, sendo que o excesso deveria ser punido severamente.

2.1.4 Prisões Cautelares no Brasil

2.1.4.1 Prisões cautelares no período colonial

No período em que o Brasil era uma colônia de Portugal, a primeira legislação processual que vigorou com efetiva aplicação (antes vigoraram as Ordenações Afonsinas e Ordenações Manoelinas) foram as Ordenações Filipinas, as quais tinham como base as Ordenações Manuelinas.¹⁸

As Ordenações Filipinas possuíam uma importância tão grande que determinados autores chegam a afirmar que grande parte da legislação penal e processual penal do Brasil encontrava-se, principalmente, em seu Livro V.¹⁹

¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Cid, 2004, p. 45.

¹⁷ “Todo homem sendo presumindo inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei”.

¹⁸ BARROS, *Op. Cit.*, p. 58.

¹⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fonte legislativa*. Bauru: Editora Javoli, 1983, p. 83.

Nas Ordenações Filipinas havia destaque para as devassas, que eram institutos destinados a inquirições para a informação de delitos. Estas devassas eram de duas modalidades: gerais e especiais. Estas cuidavam dos delitos em que o autor é incerto, enquanto aquelas tratavam os casos de delitos incertos.²⁰

O procedimento das devassas não previa a citação do acusado, uma vez que não eram consideradas inquirições judiciais, e quando do julgamento, era indispensável que as testemunhas fossem reperguntadas. Com relação as prisões cautelares estas reiteração não era obrigatórias^{21, 22}.

2.1.4.2 Prisões cautelares no período imperial

A partir do momento em que o Brasil deixou de ser uma colônia de Portugal, ou seja, em 1822, foram editadas algumas leis que trataram da matéria processual penal, as quais tinham como base o iluminismo francês, sendo a primeira delas com importância a Constituição de 1824.

Surge na Constituição de 1824 a presunção de inocência, segundo a qual ninguém poderá ser preso sem culpa formada. O inciso VIII, do artigo 179 da Constituição de 1824, dispõe que “*Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as*”.

A segunda legislação foi o Código de Processo Criminal do Império, o qual foi promulgado em 1832, o qual foi considerado um marco para o direito processual penal.

²⁰ PIERANGELLI, *Idem, Ibidem*.

²¹ “As devassas, sendo inquirições realizadas sem citação da parte, não eram consideradas inquirições judiciais, para efeitos de julgamento, sem que as testemunhas fossem reperguntadas e as testemunhas do sumário das querelas, do mesmo modo. Mas, para o efeito da prisão preventiva, assim como nos casos em que se não procedia ordinariamente, não havia necessidade desta reiteração”. (PIERANGELLI, *Idem, Ibidem*)

²² “Como eram procedidas sem citação, as devassa não eram consideradas inquirições judiciais para efeito de julgamento, sem que as testemunhas fossem reperguntadas. Não havia necessidade desta reiteração, para os casos de prisão preventiva, e também se o réu assinasse um termo dispensando a reiteração para que as houvesse como judicial”. (PIERANGELLI, *Idem*, p. 65).

O sistema processual penal adotado pelo Código de Processo Criminal do Império era o sistema inquisitorial (basta observar o processo contra Tiradentes), haja vista que ao juiz era facultada a possibilidade agir com total independência²³.

Porém neste período, entre a Constituição de 1824 e o Código de Processo Criminal de 1832, houve a promulgação de determinadas leis. Dentre as leis promulgadas neste período merece destaque a Lei de 30 de agosto de 1828, segundo a qual em determinados casos era possível prender o acusado em certos delitos, mesmo sem que estivesse formada a culpa.²⁴

2.1.4.3 Prisões cautelares no período republicano

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, iniciou-se uma nova fase na política brasileira, sendo que os militares, que já vinham insatisfeitos com o governo, acabaram assumindo-o, e mesmo sem experiência e preparo para ocuparem cargos na administração pública, acabaram por colocarem-se em cargos de alta importância e conseqüentemente iniciaram um governo com bastantes complicações.²⁵

Logo em setembro de 1890 foi editado o decreto n. 774, o qual, dentre outros, estabeleceu que deveria ser computado o tempo da prisão preventiva para o total da pena a ser executada.²⁶

Foi elaborada em 1891 a primeira Constituição da República, a qual adotou a descentralização do poder de legislar sobre matéria criminal e processual penal, e mesmo seu artigo 34, XXIII, estabelecendo que em matéria criminal competia privativamente ao congresso legislar, neste período houve uma pluralidade do poder de legislar e cada estado-membro poderia fazê-lo, inclusive em matéria criminal e processual penal, conforme entendesse. Este pluralismo jurídico processual penal

²³ PIERANGELLI, *Idem*, p. 103.

²⁴ PIERANGELLI, *Idem*, *Ibidem*.

²⁵ PIERANGELLI, *Idem*, p. 157.

²⁶ PIERANGELLI, *Idem*, *Ibidem*.

trouxe diversos prejuízos²⁷ e dificultou a aplicação da lei penal, em virtude das várias sistemáticas adotadas pelos estados-membros.²⁸

A Constituição da República de 1891, no que se refere ao princípio da presunção de inocência, manifestou-se a favor desta, pois em seu artigo 72, § 14, afirmou que *“Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”*.

A segunda Constituição do período republicano foi a Constituição de 1934, a qual rompeu com o pluralismo legislativo, fixando como o único ente competente para legislar em matéria penal a União, conforme dispõe o artigo 5º, XIX. A Constituição de 1934, no que tange ao princípio da presunção de inocência, não traz expressamente esta garantia, como na Constituição de 1891, apenas afirmando, em seu artigo 113, 21, que ninguém será preso, senão em flagrante delito.

O atual Código de Processo Penal foi editado no ano de 1941, o qual foi baseado no código italiano, que possui uma tendência fascista²⁹. Com relação ao modelo processual penal fascista e o princípio da inocência, diz BARREIROS:

O processo penal fascista não assentava, como era regra do sistema jurídico liberal, no princípio da presunção de inocência do argüido, pois que, na expressão de um dos teóricos do fascismo, Rocco, tal presunção era simples fantasia, que provinha de concepções rudimentares e ultrapassadas, contemporâneas da revolução francesa. Na sua expressão: ‘o dever-se considerar como inocente, durante a instrução que se faz contra ele, o acusado de um crime, é uma tal enormidade e uma reviravolta tão evidente no sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem mesmo como *modo di dire*’.³⁰

Na Constituição da República de 1937 estava presente o princípio da presunção de inocência, preservando a liberdade do acusado como regra, pois, seu artigo 112, 11, prescreve que ninguém será levado à prisão sem culpa formada.

Na Constituição da República de 1946 não há nenhum dispositivo capaz de evidenciar a garantia de que o cidadão não será conduzido à prisão sem culpa

²⁷ “A quebra da unidade processual, já que cada estado-membro possuía a competência para legislar em matéria de direito processual e de organização judiciária, não trouxe qualquer vantagem para as instituições jurídicas do nosso país”. (PIERANGELLI, *Idem, Ibidem.*)

²⁸ BARROS, *Op. Cit.*, p. 67-68.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. In: Boletim Ibccrim. São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 11.

³⁰ BARREIROS, *Op. Cit.*, p. 46.

formada. O mesmo ocorrendo com a Constituição da República de 1967, sendo que isso se deu em virtude do período político em que o país se encontrava, qual seja, a ditadura militar.

Com o término da ditadura militar, e as atrocidades por esta cometidas, como, por exemplo, a cerceamento de liberdade de expressão, surge, em 1988, uma nova carta política. A Constituição da República de 1988 faz com que seja aplicado um regime compatível com um Estado Democrático de Direito, cujo escopo principal é a proteção da dignidade da pessoa humana, realizada através da justiça social.³¹

A nova Carta Constitucional, a qual visa a máxima proteção às garantias e direitos fundamentais ao cidadão, preserva pela liberdade deste como regra³², sendo indiscutível a presença da presunção de inocência, uma vez que o artigo 5º, inciso LVII, dispõe que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

2.2. FINALIDADE E PRESSUPOSTOS

2.2.1 Finalidade

No direito processual penal brasileiro positivo não é possível falar em processo cautelar, haja vista que não há nenhuma disposição legal que regularize tal processo. Há, no processo penal o processo de conhecimento, através do qual busca-se determinado provimento jurisdicional, e o processo de execução, o qual tem o escopo de efetivar o provimento obtido no processo de conhecimento.

Ocorre que mesmo não havendo disposições acerca de um processo penal cautelar, encontram-se artigos no atual Código de Processo Penal que versam sobre determinadas medidas, as quais têm cunho acautelatório: são as chamadas medidas cautelares.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 122.

³² A preservação da liberdade do cidadão acusado constitui característica do sistema acusatório, como aduz Barreiros, ao se referir ao sistema acusatório, “o argüido aguarda em regra em liberdade o desenrolar dos termos do processo”. (BARREIROS, *Op. Cit.*, p. 14).

Desde o momento em que nasce a relação jurídica processual até a obtenção do resultado final, surge a possibilidade de que haja riscos que venham a afetar e até a anular a eficácia do provimento final.

Partindo do pressuposto de que há esta possibilidade de frustração do provimento jurisdicional, tem-se como meio útil para evitar esses danos as medidas cautelares.

Essas medidas cautelares não possuem o objetivo de satisfazer o interesse da parte autora (Ministério Público ou ofendido), tendo como escopo principal uma garantia à realização da tutela jurisdicional, nas palavras de Luiz Roberto Cicogna Faggioni:

Com efeito, não serve a tutela cautelar diretamente ao interesse da parte, senão ao interesse do próprio processo, visando garantir tanto a possibilidade plena de conhecimento da lide quanto emprestar garantia de eficácia no advento do provimento principal buscado, esse, sim, compreendendo satisfação do interesse da parte posta à apreciação jurisdicional.³³

Antônio Scarance Fernandes classifica as medidas cautelares no processo penal em três categorias: medidas cautelares relativas às provas; medidas cautelares de natureza civil (reais); e medidas cautelares pessoais, as quais se relacionam com o suspeito, o acusado³⁴.

As prisões cautelares enquadram-se nesta última categoria de medidas cautelares, qual seja, medidas cautelares pessoais, haja vista que elas têm a finalidade de garantir a preservação da ordem pública e da ordem econômica, proteger o processo para que este não venha a sofrer nenhuma interferência que lhe seja prejudicial, bem como assegurar que o acusado, em caso de condenação, não irá frustrar a expectativa de cumprir a pena a ele imposta.

Dentre os diversos direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República de 1988 está a liberdade, a qual é inerente a todos os cidadãos. Levando em consideração que as prisões cautelares vão retirar, momentaneamente, do indivíduo este direito fundamental, elas somente poderão ocorrer nos casos em que

³³ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão Preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, p. 126, jan./mar. 2003.

³⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 312.

estiverem cumprindo fielmente sua finalidade, pois caso contrário o Estado estará violando gravemente o direito fundamental à liberdade. Como expõe Carnelutti:

O afastamento preventivo do imputado se assemelha, pois, a uma daquelas medidas heróicas que devem ser propinadas pelo médico com grande prudência, porque podem curar o enfermo mas também ocasionar um mal mais grave, quicá um exemplo eficaz é o que se pode dizer com a anestesia e, sobretudo, com a anestesia geral, que é um meio indispensável para o cirurgião, mais aí! se este abusa dele.³⁵

Cumpre salientar que embora grande parte da doutrina nacional traga para o processo penal, institutos utilizados no processo civil, com base na ilusória utilidade da teoria geral do direito, a finalidade das prisões cautelares, como espécies das medidas cautelares, não pode e não deve ser confundida com a finalidade que a tutela antecipatória tem no processo civil, sob pena de desvirtuar o referido instituto processual penal.

Com relação à finalidade das prisões cautelares, aduz Paulo Rangel:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal.³⁶

2.2.2 Pressupostos

Para grande parte da doutrina processual penal brasileira os pressupostos para a utilização das medidas cautelares são dois: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*³⁷. O primeiro consiste na chamada fumaça do bom direito, através do qual se vê que aparentemente o autor tem o direito pleiteado. Enquanto o segundo

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. v. 2. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950, p. 75.

³⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 581.

³⁷ Como explica Ada Pellegrini Grinover, “a atividade cautelar foi preordenada a evitar o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seu efeito”. (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 317.

requisito mostra que em não sendo concedida a medida cautelar requerida, pode haver um prejuízo para o requerente.

Estes pressupostos para a utilização das medidas cautelares são extraídos do processo civil, com base no processo cautelar. Contudo, estes pressupostos não se aplicam inteiramente ao processo penal, tendo em vista que o sistema processual penal não tem as mesmas características do processo civil, sendo que na realidade tem características diametralmente opostas, pois o processo civil é estruturado com base no sistema acusatório, enquanto o processo penal tem como base o sistema inquisitório³⁸.

Apesar de alguns autores serem adeptos da denominada teoria geral do processo, a qual inclui tanto o processo civil como o processo penal, esta não pode ser considerada útil. Para tratar corretamente cada área, é preciso uma teoria específica, no caso, é necessário, para a compreensão dos pressupostos das prisões cautelares, recorrer a uma teoria geral do processo penal. A utilização da teoria geral do processo traz conseqüências graves, como frear o desenvolvimento democrático no processo penal³⁹. Aury Lopes Junior, citando Goldschmidt diz:

Que grave problema existe no paralelismo entre o processo civil e o processo penal, principalmente quando são buscadas categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática no processo penal.⁴⁰

Tendo em vista o incorreto estudo que os adeptos da teoria geral do processo fazem com relação aos pressupostos das medidas cautelares, mais precisamente das prisões cautelares, analisar-se-á como devem ser tratados os dois pressupostos necessários para a decretação das prisões cautelares.

Roberto Delmanto Junior, ao se referir à imprecisão dos pressupostos das prisões cautelares, aduz:

Os conceitos de `fumus boni iuris` e de `periculum in mora, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constritivas da liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito

³⁸ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne Boétie*. In: *Crítica à teoria geral do processo penal* / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76-77.

³⁹ COUTINHO, *Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 193.

e o perigo na demora do processo, diante da peculiaridade da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não se satisfazem⁴¹.

2.2.2.1 *Fumus commissi delicti*

Como fora anteriormente exposto, a finalidade das prisões cautelares é garantir o sucesso e a efetivação do processo de conhecimento. Ou seja, as prisões cautelares têm como objetivo garantir a eficácia de um processo principal.

O primeiro pressuposto que a maior parte da doutrina coloca é o *fumus boni iuris*, isto é, a probabilidade da existência de um direito de acusação, bem como a probabilidade de que irá, a parte autora (Ministério Público ou ofendido), obter êxito ao final do processo. José Frederico Marques afirma que:

... pressuposto da providência cautelar consiste na probabilidade de resultado favorável no processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Sem o *fumus boni iuris* a providência cautelar se torna inviável.⁴²

Como é cediço na doutrina e na jurisprudência, o *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito; é uma cognição sumária acerca da titularidade de um direito pleiteado pelo autor. O delito, por sua vez, em uma análise simplista, é uma forma de violação as normas penais. Agora, como coloca Aury Lopes Junior, se o delito é a negação do direito, não se pode afirmar que está presente a fumaça de um 'bom' direito.

No regime aplicado às prisões cautelares este requisito deve ser chamado de *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade de existência de um delito, e não de um direito.

Com base no artigo 312, do Código de Processo Penal, pode-se afirmar que para verificar a probabilidade de ocorrência de um delito faz-se mister analisar dois elementos: prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

Através da prova de existência de um crime mostra-se a sua materialidade, mostra-se se este realmente ocorreu. Por exemplo, em um crime de homicídio, a

⁴¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 83.

⁴² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., v. 4. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 13.

materialidade do crime está estampada através do laudo de necropsia que confirme que a vítima veio a óbito, em decorrência de um ato homicida. Como leciona Fernando da Costa Tourinho Filho, “a lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso que haja prova da materialidade delitiva”.⁴³

Uma vez provada a existência de um crime, é necessário mostrar os indícios suficientes de que o acusado é o autor do delito a ele imputado. Contudo, esta demonstração não pode se dar de forma vaga: é preciso uma demonstração real de que há indícios suficientes de autoria. Neste sentido, cumpre destacar que deve haver uma probabilidade⁴⁴ suficiente de autoria, não apenas uma possibilidade de autoria. Daí o plural: “indícios suficientes”.

Deve-se frisar que apenas um dos dois elementos do *fumus commissi delicti* não é suficiente; é necessário que estejam presentes os dois elementos, quais sejam: a prova de existência do delito e indícios suficientes de autoria.

2.2.2.2 *Periculum libertatis*

O segundo pressuposto, que para alguns autores, como Aury Lopes Junior, não se trata de pressuposto e sim de fundamento⁴⁵, é o *periculum libertatis*.

Via de regra, a doutrina pátria, realizando mais um paralelo ente o processo civil e o processo penal, considera este segundo pressuposto como sendo o *periculum in mora*. O *periculum in mora* é o perigo de que o provimento jurisdicional definitivo não seja mais eficaz, ao seu tempo, tendo em vista a possibilidade de alterações nas circunstâncias fáticas. Esta forma de considerar este requisito como um risco de insucesso da decisão final até pode ser utilizada nas medidas

⁴³ TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed., v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 503.

⁴⁴ “Para a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado”. (LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 197). Apesar de serem conceitos próximos, probabilidade e possibilidade possuem diferença entre si, quais sejam: a possibilidade é a situação em que as razões favoráveis e as razões contrárias são equivalentes, não existindo nenhuma predominância de uma sobre a outra; a probabilidade ocorre quando há um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas. No que se refere às prisões cautelares, a probabilidade se dá quando há a verossimilhança de todos os requisitos positivos.

⁴⁵ “Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim seu fundamento”, (LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p.192).

cautelares, desde que se trate de medidas reais, não se podendo aplicar nas medidas pessoais, haja vista que nestes casos o risco possui outras peculiaridades.

As prisões cautelares acabam fazendo com que o indivíduo, em situações de extrema excepcionalidade, venha a perder seu *ius libertatis* antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Logo, se as prisões cautelares estão retirando do cidadão sua liberdade, conclui-se que em liberdade o indivíduo acusado poderá colocar em risco o andamento do processo, bem como a efetivação de uma futura sentença condenatória. E assim sendo, é possível afirmar que as prisões cautelares tentam amenizar os riscos que possam ser causados pela situação de liberdade do acusado, razão pela qual a maneira correta de chamar este pressuposto é *periculum libertatis*⁴⁶.

Se a situação de liberdade é de extrema preocupação para o processo penal, isto ocorre, em geral, em virtude do medo de que o réu venha a fugir. A fuga consiste na principal forma de materialização do *periculum libertatis*.

O artigo 312⁴⁷, do Código de Processo Penal, elenca quais são os casos em que é possível a decretação da prisão cautelar para amenizar os riscos da liberdade do acusado. São eles: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal, e garantia de aplicação de lei penal.

A conveniência da instrução criminal como fundamento para a prisão cautelar ocorre nos casos em que o acusado está prejudicando o andamento normal do processo, ou seja, faz com que este fique prejudicado por atitudes suas. São os principais exemplos de casos em que se está colocando em risco a instrução criminal: o réu estar prejudicando a colheita de provas, bem como estar alterando-as; estar ameaçando peritos e testemunhas, entre outros. Contudo, o juiz deve analisar de forma precisa os autos, não podendo em hipótese alguma decretar a prisão cautelar sem fatos concretos.

De outro lado utiliza-se a prisão cautelar como uma forma de garantir a aplicação da lei penal, tentando-se evitar que o acusado evada-se do “distrito da

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury, *Idem*, p. 46-47.

⁴⁷ “A prisão preventiva poderá ser decretada, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

culpa”. Porém, para que seja decretada a prisão cautelar em tal caso é necessário haver fortes indícios de que o acusado está pretendo se evadir do “distrito da culpa”, sendo que a mera possibilidade jamais será suficiente para justificar medida tão drástica.

Por fim, a terceira, e mais complexa possibilidade que enseja a decretação da prisão de natureza cautelar é a que visa garantir a ordem pública e a ordem econômica. Tendo em vista a complexidade da questão e, os tratamentos doutrinários e jurisprudenciais que estão envolvidos, a garantia da ordem pública e ordem econômica será tratada em separado.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DAS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares constituem medidas cautelares de natureza pessoal, e tendo em vista que fazem com que o acusado vá à prisão antes de ter sido considerado culpado por determinado delito, devem ser tratadas com enorme cuidado, para não desviarem de sua finalidade.

Uma análise principiológica é indispensável para se conhecer a maneira com a qual as prisões cautelares se estruturam dentro do ordenamento jurídico pátrio, tendo como base a lei, a doutrina, e a atual (desvirtuada) jurisprudência.

Dentre os princípios que regem a tratamento das prisões cautelares cumpre destacar os seguintes: jurisdicionalidade, necessidade, excepcionalidade, proporcionalidade, e adequação.

2.3.1 Princípio da Jurisdicionalidade

Para desenvolver os estudos principiológicos das prisões cautelares, usar-se-á como base a prisão preventiva, tendo em vista ser esta considerada a prisão cautelar por excelência, mesmo porque, hoje, regula (seus motivos e fundamentos) a prisão em flagrante e demais, *mutatis mutandis*.

O artigo 311, do Código de Processo Penal, diz que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo

juiz, de ofício, a requerimento do Ministério público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

Realizando um estudo na lei processual penal, mais precisamente no artigo supracitado do Código de Processo Penal, nota-se que é claro e preciso ao enunciar que “... *cabará a prisão preventiva decretada pelo juiz...*”, logo, fica evidente que o juiz, e apenas ele, tem competência para decretar a prisão cautelar do acusado ou indiciado.

Recorrendo, ainda, ao direito positivo, agora a sua fonte principal, a Constituição da República, é certo que somente o juiz poderá decretar a prisão preventiva, pois esta afirma, em seu artigo 5º, inciso LXI, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos crimes militares”. João Gualberto Garcez Ramos, ao se referir ao artigo supracitado da Constituição da República afirma que:

Por ele se entende-se que toda a prisão – salvo as exceções contidas na Constituição – deverá ser decretada pelo juiz. Isto decorre da idéia de que o juiz, agente do Estado que é, titulariza a legitimidade política dos membros da sociedade para privar um dos seus da liberdade de locomoção.⁴⁸

Logo, pode-se chegar à conclusão, com base na nossa Lei Maior e no Código de Processo Penal, que apenas o juiz pode decretar a prisão cautelar. Outro não tem sido o entendimento doutrinário⁴⁹.

A doutrina brasileira está em harmonia com os preceitos legais, haja vista que em sua maioria considera como competente para decretar as prisões cautelares somente o juiz⁵⁰.

⁴⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 108-109.

⁴⁹ “De outra parte, para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o **magistrado deverá verificar**, concretamente, a ocorrência do *fumus commisi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ser o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve ser comprovada, bem como se a sua liberdade realmente representa ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução”. (DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p.84) (sem grifos nos original)

⁵⁰ “Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada” (LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 47); “As medidas cautelares estão submetidas, em primeiro lugar, à análise jurisdicional de sua adoção, por se tratarem de medidas de restrição de direitos consagrados na Constituição da República e nas Convenções Internacionais, só podendo ser adotadas por decisão judicial fundamentada da autoridade competente” (RANGEL, *Op. Cit.*, p. 583); “Somente o juiz pode decretá-la, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento no Ministério Público ou do querelante seja até mesmo de *ex officio*”. (TOURINHO FILHO, *Da prisão e da liberdade provisória*, p. 76); “Embora proferida a decisão

Quanto à competência para a decretação da prisão cautelar, está somente pode ser decretada pelo juiz, o qual deverá que deverá ser competente (juiz natural) para tal ato⁵¹. A decisão do juiz que decreta uma prisão cautelar deve ser, obrigatoriamente, fundamentada, sob pena de nulidade. O artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, não deixa dúvidas.

Como bem salienta Maria Elizabeth Queijo:

É inquestionável que a motivação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário é de substancial importância. É ela que proporciona o controle da legalidade das decisões, permitindo verificar a atuação imparcial e independente do juiz e se houve observância do contraditório, do direito a valoração da prova e à ampla defesa. Proporciona, ainda, efetividade do duplo grau de jurisdição, possibilitando a identificação dos vícios que serão objetos das impugnações.⁵²

Com relação aos crimes cuja competência originária é dos tribunais, mantém-se em vigor o princípio da jurisdicionalidade das prisões cautelares, sendo que é competente para decretá-las, com base no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 8.038, de 1990, o juiz relator; portanto, o juiz natural.

2.3.2 Princípio da Excepcionalidade

Tendo em vista o que dispõe o artigo 5º, incisos LVII e LVI, respectivamente *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* e *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*, extrai-se do texto constitucional que a regra em processo penal é a liberdade, sendo a prisão a exceção⁵³.

inaudita altera pars, isto é, sem audiência do réu ou indiciado, a medida é puramente jurisdicional, pois que se aplica a situação contenciosa em que estão em conflito poder cautelar do Estado e o direito de liberdade do réu” (MARQUES, *Op. Cit.*, p. 13-16).

⁵¹ RAMOS, *Op. Cit.*, p. 111-112.

⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth. *Falta e deficiência de motivação da sentença e outras decisões*. In: Estudos em processo penal. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 127.

⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 447.

O princípio da presunção de inocência, ou como é considerado também, presunção do estado de inocência, é o princípio reitor do sistema processual penal brasileiro e constitui uma regra que deve ser respeitada pelos aplicadores do direito.

Segundo o referido princípio, o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ou seja, mesmo que condenado em sentença penal recorrível não pode ser considerado culpado enquanto esta não vier a transitar em julgado e passar a ser um julgado materialmente, pois somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restringir a liberdade individual a título de pena⁵⁴. Em virtude da referida regra constitucional é um absurdo o que dispõe o artigo 594 do Código de processo penal, segundo o qual o acusado condenado não tem direito de recorrer em liberdade, salvo se for primário e tiver bons antecedentes.

Constitui o referido artigo uma violação expressa ao aludido preceito constitucional da presunção de inocência, sem a qual jamais se chegará a um verdadeiro Estado Democrático de Direitos. Porém, lamentavelmente, na prática forense, tem-se deparado cada vez mais com decisões que impõem ao réu, como condição para recorrer, recolher-se à prisão, ferindo-se também o princípio do duplo grau de jurisdição.

Além dos dispositivos constitucionais acerca da intocável presunção de inocência há, ainda, tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte que têm como corolário a presunção de inocência, como por exemplo a Corte Americana de Direitos Humanos que, em seu artigo 8º, item 2, diz que “toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Pode-se extrair do princípio da presunção de inocência, como princípio reitor do direito processual penal normativo, que somente poderá ser retirado do cidadão o seu direito de ir e vir em casos excepcionais, haja vista que, no Estado democrático de direito, a liberdade é a regra e a prisão, mesmo que cautelar, constitui a exceção.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando. *Da prisão e da liberdade provisória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 02, n. 07, p. 73, jul./set. 1994.

2.3.3 Princípio da Necessidade

Sempre que se refere ao princípio da excepcionalidade das prisões cautelares, a ele encontra-se de forma conexa e bastante próxima o princípio da necessidade.

O princípio da necessidade faz com que as prisões cautelares somente sejam ser aplicadas nos casos em que forem realmente necessárias⁵⁵, tendo em vista que o mal causado ao acusado ou indiciado é enorme e irreversível. Antes de aplicar uma prisão cautelar ao cidadão é preciso analisar se não há outra forma menos drástica e danosa de medida, pois, como se sabe, a situação prisional brasileira não pode nem ser classificada como ruim, uma vez que se encontra muito abaixo.

Conforme foi analisado no tópico acima, a prisão cautelar constitui medida de exceção, sendo a regra a liberdade e, em virtude de ser uma exceção, deve ser utilizada somente quando estritamente necessária e indispensável. Nas palavras de Tourinho Filho “toda e qualquer prisão que antecede a um decreto penal condenatório definitivo deve estar limitada ao estritamente necessário⁵⁶”.

Tendo em vista que as prisões cautelares devem ser analisadas sob a óptica da *ultima ratio*, elas só poderão ser decretadas quando realmente se fizer necessário e indispensável utilizá-las.

Relaciona-se com a necessidade, e forma um binômio com esta⁵⁷, a urgência, que deverá estar presente para a decretação da prisão cautelar, uma vez que nos casos em que ela não aparece, não se faz preciso recorrer a tal medida.

Há na jurisprudência alguns casos em que se evidencia a necessidade como fator indispensável para a decretação da prisão cautelar, como na seguinte decisão: “*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTOS VINCULADOS A PRESUNÇÕES E CONSIDERAÇÕES SUBJETIVAS. INIDONEIDADE. A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração*”

⁵⁵ “A prisão de natureza processual sempre se deverá associar uma palavra: *necessidade*”. (KARAM, Maria Lúcia. *Prisão e liberdade processuais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 01, n. 01, p. 84, abr./jun. 1993.

⁵⁶ TOUINHO FILHO, *Op. Cit.*, p.74.

⁵⁷ RANGEL, *Op. Cit.*, p.585.

cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nem por conveniência da instrução criminal. Ordem concedida^{58 59}.

2.3.4 Princípio da Proporcionalidade

Levando em consideração que toda a base estruturante do sistema das prisões cautelares tem sua origem constitucional, principalmente com o princípio da presunção de inocência, faz-se mister refletir sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nas prisões cautelares, haja vista que o referido princípio é fundamental e indispensável como forma de controle dos que exercem o poder.

A proporcionalidade consiste em uma parte da análise que é realizada pelo juiz antes da decretação da prisão cautelar, ou seja, deve-se questionar entre impor ao acusado ou indiciado que se recolha ao cárcere e sofra com todos os malefícios por ele trazidos ou se deve prevalecer seu *status libertatis*.

Esta análise cabe ao juiz realizar pois somente ele é competente para decretar a prisão cautelar. Ele deve fazer uma análise do caso concreto, para posteriormente proferir a decisão⁶⁰. Deve ter sempre em mente o seguinte questionamento: é proporcional aplicar a prisão cautelar neste caso, e se há proporcionalidade entre um mal atual (prisão processual) e um mal futuro (prisão Pena)⁶¹.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, HC 90862 / SP - São Paulo, Habeas Corpus, Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 03/04/2007, Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁵⁹ Neste sentido encontra-se o seguinte julgado: “A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação, precedentes dos E. STF e STJ (TRF 2R. – 1T. i HC 2006.02.01.010749-4 – rel. Sérgio Feltrin Correa – j. 28.03.20007 – DJU 02.05.2007).

⁶⁰ “Nesse passo incumbe por evidência a incidência do princípio da proporcionalidade, também denominado de princípio da ponderação dos interesses, princípio geral do Direito que determina que os interesses contenda devem ser examinados com atenção, pesados, para que prevaleça aquele de maior importância”. (FAGGIONI, *Op. Cit.*, p. 133)

⁶¹ GERBER, Daniel; CANTERJI, Rafael Braude. *Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade*. In: Boletim Ibcrim. São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 09-10.

Paulo Rangel ainda tece comentários à proporcionalidade sob outra óptica, ao se referir ao que ele denomina de homogeneidade da prisão cautelar. Diz que:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição a liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.⁶²

Com relação à dificuldade de se encontrar o ponto de equilíbrio entre os bens analisados, Antonio Scarance Fernandes aduz que “não é fácil atingir o ponto justo e equilibrado, mas a regra deve ser a preservação da liberdade, só se admitindo a prisão se cautelar e quando estritamente necessária⁶³”.

Partindo do pressuposto de que nosso sistema processual penal constitucional visa as garantias e direitos fundamentais do cidadão, não há dúvidas de que em havendo conflitos entre a liberdade do acusado ou indiciado e outro bem protegido, a proporcionalidade deve sempre pender para o lado do cidadão, pois como é sabido por todos, a prisão somente avulta e embrutece o indivíduo, quando não lhe causa diretamente a morte, ferindo, assim, o princípio norteador do Estado democrático de direitos, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo João Gualberto Garcez Ramos, a proporcionalidade pode se dar em dois sentidos, quais sejam, o qualitativo e o quantitativo. Este se caracterizando pela opção do legislador acerca da medida processual coercitiva a ser aplicada, tendo em vista a pena que poderá futuramente ser aplicada ao acusado; e aquele, através da lei e da jurisprudência, estabelecer prazo máximo para a duração da prisão processual⁶⁴. É interessante a forma com a qual o direito processual penal italiano trabalha com os prazos para a duração da prisão processual: quando a pena máxima cominada ao delito for superior a seis anos, a prisão processual tem o prazo máximo de dois anos; se a pena cominada ao delito variar entre seis e vinte anos, a prisão processual poderá durar até quatro anos; e se pena máxima for superior a

⁶² RANGEL, *Op. Cit.*, p. 584.

⁶³ FERNANDES, *Op. Cit.*, p. 349.

⁶⁴ RAMOS, *Op. Cit.*, p. 116.

vinte anos ou perpétua, o prazo máximo estabelecido para a prisão processual é de seis anos⁶⁵.

2.3.5 Princípio da Adequação

A medida cautelar que consiste na retirada do cidadão de sua liberdade, seu direito de ir e vir, deve ser proporcional, contudo ela não deve ser apenas proporcional, deve ser também adequada no caso concreto.

Como acima exposto, a proporcionalidade consiste em uma análise para saber se a prisão cautelar deve prevalecer ou se se está agindo de forma inócua e desnecessária.

A adequação é estritamente ligada à proporcionalidade, pois, frente a um caso concreto, o juiz deve saber se a prisão cautelar é adequada. É ela toda medida que está em acordo com a necessidade do caso, sendo que é a medida considerada ideal para solucionar, ou apenas amenizar, a situação de determinado caso.

Na ponderação entre o *status libertatis* do cidadão e a ilusória tentativa de controlar a onda de violência que atingiu os grandes centros urbanos⁶⁶, através da segurança pública, o juiz obrigatoriamente tem que saber se a prisão cautelar é adequada para o caso concreto. Assim, os juízes não podem – e não devem – fazer tal confusão. Afinal, com isso lotasse as cadeias e não resolvesse nada de concreto, ou melhor, acaba por ajudar no *naufrágio do sistema* porque, mesmo os que ficam presos temporariamente já são marcados pelo estado comatoso dos cárceres: e quem paga é a sociedade.

⁶⁵ Prazos estabelecidos com base na legislação de 1988, e nas reformas impostas pelo DL 292/91 e pela Legge 8 de agosto de 1995.

⁶⁶ “Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubos, homicídios, seqüestros, etc, ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter esta onda de violência e não culpamos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há policia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso”. (RANGEL, *Op. Cit.*, p.581)

3 A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

3.1. O EXCESSIVO USO DAS PRISÕES CAUTELARES

Conforme já exposto no capítulo anterior, dentre os princípios que norteiam a regulamentação e aplicação das prisões cautelares, destaca-se o princípio da excepcionalidade, segundo o qual as prisões cautelares somente devem ser aplicadas de forma excepcional, nos casos em que houver extrema necessidade⁶⁷, e que não seja eficaz medida menos drástica ao cidadão.

Desta maneira, não é possível a utilização de prisões cautelares nos casos em que não esteja evidenciada esta extrema necessidade, haja vista que os males por elas causados são irreversíveis.

Contudo, apesar de ser clara a idéia de que apenas nos casos de extrema necessidade é que devem ser aplicadas, e mesmo sendo uníssona a doutrina neste sentido^{68 69}, é cada dia mais comum encontrar decisões nos tribunais que vão em sentido contrário: a regra tem sido a prisão do acusado/indiciado, mesmo não sendo comprovada a real necessidade de mantê-lo encarcerado. Nas palavras de Camile Eltz de Lima:

O problema central está na discrepância entre a teoria e a prática quanto à adoção desta medida, pois, se na teoria, ensina-se que deve ser adotada somente se houver 'extrema necessidade, na prática verificamos que os julgadores têm feito uso indiscriminado da prisão, não sendo poucos os casos em que os sujeitos que sofrem uma medida cautelar sob o fundamento da garantia da ordem pública, posteriormente, embora condenados, acabam tendo substituídas suas penas privativas de liberdade por penas alternativas ou o regime carcerário designado para o cumprimento da sanção é menos gravoso. Sendo assim, verifica-se que a prisão preventiva, nestes casos (sem esquecer daqueles indivíduos que

⁶⁷ LIMA, Camila Eltz. A “*garantia da ordem pública*” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do *garantismo penal*. In: Revista de Estudos Criminais, ano 03, n. 11, p. 148, 2003.

⁶⁸ “As medidas cautelares são a *ultima ratio* do sistema, reservada para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam”. (LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 204)

⁶⁹ “... uma vez que excepcional, a prisão cautelar só pode ser aplicada como *extrema ratio*, ou seja, somente é justificável `en la medida em que no haya otros mecanismos menos radicales’ ”. (DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 89)

depois de presos provisoriamente restam absolvidos), mostra-se injustificável e o seu fundamento não possui finalidade instrumental – processual.⁷⁰

Luigi Ferrajoli ao analisar a custódia cautelar do acusado, afirma que está ocorrendo um abuso por parte dos juízes, porque se está aplicando indiscriminadamente as prisões cautelares. Leciona o mestre italiano que:

...ha sido consecuencia del creciente abuso de la institución por parte de los magistrados, en forma de emisión sistemática de mandamientos de captura no motivados, en base a módulos estereotipados y a más que lábiles indicios, y, sobre todo, teleológicamente, dirigidos a objetivos no legítimos, como constreñir al imputado a confesar o como eludir, a través de mandamientos reiterados de captura, las normas sobre excarcelación por el transcurso de sus plazos.⁷¹

Os magistrados têm cada vez mais decretado prisões cautelares, mesmo sem observar se estas são realmente necessárias e indispensáveis. E isto tem ocorrido em virtude dos altos índices de violência que atingem os grandes centros urbanos: os magistrados têm agido com se fossem ‘justiceiros’, sendo que na realidade, inseridos no contexto de um processo penal inquisitório, querem apenas punir, de forma indiscriminada, mesmo que desrespeitem os preceitos constitucionais, e, com base no livre convencimento, podem fazer qualquer coisa⁷². Desta forma estejam colocando em risco as estruturas do Estado democrático de direito, e com isto fazendo com que todos sofram.⁷³

Este desespero com o qual os magistrados (com as devidas exceções que sempre existem e merecem respeito porque, no fundo, permitem uma resistência e luta em favor da democracia) querem sempre punir, mais e mais, acaba tendo reflexos no sistema das prisões cautelares, pois eles primeiro mandam prender e somente em um momento posterior analisam se realmente era o caso de prisão. Ocorre uma inversão, pois o que era para ser um fim acaba, muitas vezes, tornando-

⁷⁰ LIMA, *Op. Cit.*, p. 148.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta, 2004, p. 771.

⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O gozo pela punição (em face de um Estado sem recursos)*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; Morais, José Luiz Bolzan; STRECK, Lênio Luiz (organizador). *Estudos Constitucionais*. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.

⁷³ COUTINHO, *Idem*, p. 137-150.

se o meio⁷⁴. Ocorre o que Franco Cordero chamou de “primado da hipótese sobre os fatos”, em que o juiz, a partir de uma prévia conclusão vai buscar elementos para justificar sua decisão. E com esta atuação dos magistrados, as prisões cautelares têm sido aplicadas como se fosse uma verdadeira pena⁷⁵.

Com a grande quantidade de crimes ocorrendo e sendo noticiados diariamente através dos meios de comunicação, principalmente a televisão e os jornais, tem-se acreditado que o juiz deve solucionar os problemas sociais, bem como tem a missão de fazer com que a criminalidade reduza. E alguns acreditam piamente nesta “miragem”.

As notícias, extremamente sensacionalistas, veiculadas diariamente, insuflam a população a clamar por justiça, e isto acaba por afetar diretamente as manifestações dos juízes. Estas notícias influenciam os juízes que decretam, de maneira irregular e abusiva, prisões cautelares, com o objetivo de se satisfazer pessoalmente, sendo que quem sofre as conseqüências de suas ações impulsivas são os cidadãos.⁷⁶ Geram, por evidente, um “espetáculo público” e, assim, mais notícias, retroalimentando o noticiário e gerando um “gozo coletivo”.

Este ‘gozo coletivo’ que se dá em virtude do espetáculo da banalização das prisões cautelares faz com que se mascarem o desrespeito às leis, principalmente à Constituição da República, e não se percebe que desta forma não se vai a lugar algum⁷⁷.

Surge, depois de ocorrido um crime, a necessidade que se impõe aos magistrados de, com urgência, mostrar uma resposta à sociedade e, para tal, muito se tem utilizado das prisões cautelares, para aliviar os anseios de “justiça” da população em geral. Observa Aury Lopes Junior que, assim, fere-se a excepcionalidade das prisões cautelares, com o fim de mostrar a atuação repressiva do Estado, contra quem, em tese, comete um delito. Afirma Aury Lopes Junior que:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata

⁷⁴ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

⁷⁵ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

⁷⁶ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

⁷⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Justiça criminal: distorções políticas*. Carta Forense, São Paulo, p. 38-39, jul. 2007.

acaba sendo utilizado para construir um (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nesta teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.⁷⁸

Não se pode esquecer que as prisões cautelares são medidas cautelares de natureza pessoal e, conseqüentemente, atingem o cidadão na sua liberdade. Logo, por todos, os enormes efeitos deletérios causados pelo encarceramento, determinado por atos dos juízes, devem levá-los a responsabilização, haja vista que vão manter seres humanos em verdadeiros depósitos, que são as cadeias no Brasil, sendo que assim fica completamente desrespeitada a dignidade da pessoa humana, além dos presos que estão morrendo todos os dias.⁷⁹

Assim, os juízes, que são os primeiros protetores das garantias fundamentais dos cidadãos, estão agindo como seus algozes; e ficam impunes. É preciso estabelecer limites, pois hoje podem fazer qualquer coisa, pois a eles nada acontece.

Neste contexto da banalização e de uso excessivo das prisões cautelares, o argumento mais utilizado pelos juízes e tribunais para decreta-las é a garantia da ordem pública.

Dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal, que "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

Analisando o artigo supracitado nota-se que um dos motivos autorizadores da prisão preventiva é a garantia da ordem pública. Na praxe forense é cada vez mais comum se deparar com decisões que decretam a prisão cautelar, ou que indeferem pedidos de liberdade provisória e de relaxamento de prisão em flagrante alegando que é preciso manter a custódia cautelar do indiciado/acusado para garantir a ordem pública.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 205.

⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo poder judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 20 de maio de 2007, Caderno de direito e cidadania, p. 08-09.

Apesar de ser expressa na lei que a garantia da ordem pública é uma das possibilidades autorizadas da prisão cautelar, não há nenhum dispositivo legal que defina o que pode ser entendido como “garantia da ordem pública”.

A expressão ordem pública é uma expressão vaga, imprecisa e indeterminada⁸⁰, que não é dotada de um único significado⁸¹, sendo que podem a ela ser agregadas diversas interpretações. Determinados autores, mesmo sem apresentar argumentos válidos e fundamentados, afirmam que a garantia da ordem pública está relacionada à periculosidade do agente⁸², bem como à manutenção da ordem social – restabelecendo os males causados pelo delito, e, por fim, para assegurar a credibilidade do poder judiciário, em virtude da gravidade do delito cometido.

O primeiro argumento defendido como garantia da ordem pública é o que se refere à periculosidade do agente e à gravidade do crime cometido. Afirma-se que um cidadão que cometeu, em tese, um delito considerado grave, tem sua personalidade voltada para o crime, e sua liberdade pode abalar a ordem pública, pois ele poderá cometer novos delitos. Este argumento da periculosidade do acusado fere diretamente o princípio da presunção da inocência⁸³, já que parte do pressuposto, mesmo sem julgamento ainda, de que o acusado efetivamente cometeu o delito a ele imputado⁸⁴, retirando dele uma indevida condenação, para não dizer absurda e ilegal.

Ao afirmar que a segregação do acusado é necessária em virtude da sua periculosidade está-se colocando em risco um dos postulados básicos do direito penal: o direito penal julga os fatos e não o autor⁸⁵. Logo, se a “periculosidade” do

⁸⁰ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 210.

⁸¹ RAMOS, *Op. Cit.*, p. 370.

⁸² MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2004, p. 418.

⁸³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – uma visão jurisprudencial*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 01, n. 04, p. 89, out./dez. 1993.

⁸⁴ DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 179.

⁸⁵ “O direito penal só pode ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor, como eventualmente se pretendeu”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

indivíduo que cometeu um delito não é suficiente para lhe impor uma pena mais alta, não é legítima para justificar sua prisão cautelar.⁸⁶

Um segundo argumento para a segregação do acusado (pois este estaria ameaçando a ordem pública) é a gravidade do delito, principalmente quando se trata dos delitos classificados como “hediondos”. Nos casos em que os crimes são os rotulados pela Lei 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, tem-se que a gravidade dos delitos não permite que o, em tese, autor, responda o processo em liberdade, pois desta forma estaria colocando em risco a sociedade. Porém, a gravidade do delito, e a importância dos bens jurídicos por ele ferido, fazem com que a pena cominada para o crime seja mais elevada que em crimes considerados leves, razão pela qual, ao manter-se a prisão cautelar sob este argumento, estar-se-á punindo duas vezes, pelo mesmo crime, o acusado.

Tendo em vista o alto índice de violência que tem atingido diariamente os grandes centros urbanos - e a atuação sensacionalista da imprensa - surge a idéia de que um crime que cause clamor público faz com que seja necessária a custódia cautelar do acusado. Com isto visa-se promover o crédito da população na “justiça” e no poder judiciário. Contudo, não é através de prisões cautelares excessivas que se vai fazer com que as pessoas sejam crentes na justiça, e sim com políticas públicas sérias⁸⁷ de auxílio aos cidadãos, pois o poder judiciário não pode substituir o poder executivo na sua função de promover a segurança⁸⁸ da população.

Por fim, há ainda o argumento, por incrível que pareça, que a ordem pública teria a função de garantir a segurança do acusado, pois este correria riscos se estivesse em liberdade. Não é preciso uma análise muito minuciosa nos cárceres brasileiros para perceber que, com certeza, o acusado estará correndo risco de vida infinitamente mais alto estando preso que em liberdade. Basta, para tal conclusão, uma análise superficial sobre os efeitos deletérios e embrutecedores causados pela prisão.

Além da doutrina, os tribunais têm entendido que a garantia da ordem pública está presente quando o crime cometido é considerado grave e que a sociedade

⁸⁶ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 44, p. 82-83, jul./set. 2003.

⁸⁷ RANGEL, *Op. Cit.*, p. 581.

⁸⁸ RANGEL, *Idem, Ibidem.*

precisa ser tranqüilizada quando houver clamor público, além do grau de periculosidade do agente que cometeu o delito.⁸⁹

A prisão cautelar para garantir a ordem pública mostra-se inconstitucional, uma vez que perde sua característica de cautelaridade, e com isto é materialmente inconstitucional⁹⁰, pois acaba tendo a finalidade de prevenção geral e especial, o que são características da pena. A respeito da inconstitucionalidade da prisão cautelar para garantia a ordem pública, aduz Aury Lopes Junior que:

Obviamente que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nesta matéria, é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in Malam partem*) que amplie o conceito 'cautelar' até o ponto de transformá-lo em 'medida de segurança'.⁹¹

Para conseguir realizar uma evolução democrática, faz-se mister que os magistrados rompam com toda esta maneira de agir dos conservadores, bem como os estudiosos do processo penal tenham coragem para mostrar o quanto esta maneira de agir tem sido prejudicial ao Estado democrático brasileiro.

Importante frisar que há decisões dos tribunais que rompem com o paradigma tradicional e mostram que a garantia da “ordem pública” e a gravidade do delito não são suficientes para a prisão cautelar se não estiverem presentes os motivos autorizadores. Cumpre destacar o HC 70006140693, da quinta câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o desembargador Amilton Bueno de Carvalho: *“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE PELA PROBABILIDADE DE REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. – A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positivista – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos*

⁸⁹ STF: “Esta corte, por ambas as suas turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente”. (RT 648/347).

⁹⁰ LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 208.

⁹¹ LOPES JUNIOR, *Idem, ibidem*.

totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito –considerado como portador de uma periculosidade social da qual não pode subtrair-se - torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.

- A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrática -, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada - mera repetição da lei -, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, antigarantista, insuficiente, portanto.

- A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcer extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação – crime 70006140693, j. em 12/03/2003)

- A unanimidade, concederam a ordem.”⁹²

3.2 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DE UM PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO

Uma das discussões mais acirradas acerca das prisões cautelares é a que se refere à falta de regulamentação de um prazo máximo para a sua duração⁹³, uma vez que não há nenhum dispositivo legal em que esteja previsto prazo para o término delas.

Não há também nenhuma previsão legal de prazo máximo para o encerramento do processo e, em virtude desta lacuna, a jurisprudência e os tribunais têm-se inclinado no sentido de que para estabelecer um prazo para o encerramento do processo deve-se contar os prazos estabelecidos para cada ato processual: esta é a chamada contagem do prazo.

A contagem do prazo pode ser de duas maneiras: a contagem global e a contagem isolada⁹⁴. Pela primeira, deve-se contar a somatória de todos os prazos estabelecidos pelo rito ordinário, sendo que o desrespeito a um só dos prazos

⁹² Neste sentido TJ/RS, HC 70005916929, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

⁹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*, p. 501.

⁹⁴ DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 244-245.

estabelecidos não acarreta ilegalidade⁹⁵. Pela contagem isolada dos prazos, estes devem ser respeitados individualmente, e o desrespeito a um deles configura coação ilegal⁹⁶. A jurisprudência pátria tem entendido que a contagem dos prazos processuais deve ser global, desta forma, preterindo a contagem isolada.⁹⁷

Os tribunais brasileiros tentaram estabelecer que ocorre a coação ilegal por excesso de prazo nos casos em que excederam 81 (oitenta e um) dias⁹⁸, quando for rito ordinário. Este prazo é fruto da somatória dos prazos processuais.⁹⁹ Logo, no octagésimo segundo dias, se o acusado ainda estiver preso, sua prisão deve ser relaxada, haja vista a sua ilegalidade.

Contudo, não é desta forma que têm decidido os tribunais pátrios. O argumento que tem imperado na praxe forense é o de que deve ser analisada a (i)legalidade sob o prisma do princípio da razoabilidade¹⁰⁰. Assim, ao invés de logo declarar ilegal a prisão que excede o prazo máximo e realizar a imediata colocação do acusado em liberdade, afirma-se que em virtude do princípio da razoabilidade é possível flexibilizar e expandir¹⁰¹ o prazo de duração da prisão. Este mau uso do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, de maneira inconstitucional, é fruto de uma hermenêutica baseada em uma liberdade que não existe no espaço democrático¹⁰². Esta forma incorreta de utilizar o princípio da razoabilidade, é uma

⁹⁵ DELMANTO JUNIOR, *Idem, Ibidem*.

⁹⁶ DELMANTO JUNIOR, *Idem, Ibidem*.

⁹⁷ DELMANTO JUNIOR, *Idem, Ibidem*.

⁹⁸ CHOUKR, *Op. Cit.*, p. 501.

⁹⁹ TACRSP: “O decurso de mais de oitenta e um dias para o encerramento da instrução criminal configura excesso de prazo sanável por via de *habeas corpus*”. (JTACRESP 55/407); neste sentido também: TACRSP “O prazo normal para o encerramento da instrução de processo de réu preso é de 81 dias e somente pode ser ultrapassado por motivo de força maior”. (RT 541/397)

¹⁰⁰ STJ “Constrangimento ilegal- excesso de prazo na instrução criminal- inoportunidade- causa complexa envolvendo réu preso fora do distrito da culpa, com expedição de vários precatórios para a oitiva de testemunha de defesa- **incidência do princípio da razoabilidade**, máxime quando constatada estar a instrução quase encerrada. (...) Não há falar em constrangimento ilegal, por excesso de prazo na instrução criminal, se, pela complexidade da causa envolvendo réu preso fora do distrito da culpa, com expedição de várias precatórias para a oitiva de testemunha de defesa, **incide o princípio da razoabilidade**, máxime quando a instrução já está quase encerrada” (RT 770/527) (grifo nosso). Neste sentido também: “O prazo legal para a conclusão de processo de réu preso não pode ser resultado a simples somatória dos lapsos para a realização de todos os atos previstos na lei, mas deve se adequar à complexidade da causa” (RJDTACRIM 31/329)

¹⁰¹ “Sem embargo de toda a discussão sobre os limites temporais e a necessidade da lei estabelecer prazos claros e objetivos, bem como a consequência a superação desses limites, vem ganhando freqüente espaço a adoção do ‘princípio da razoabilidade’ para o tratamento na matéria que somente tem um viés: o alargamento do prazo...”(CHOUKR, *Op. Cit.*, p.502)

¹⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Da política pública ditada pelo poder judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária*, p. 09.

espécie de direito alternativo ao contrário¹⁰³, e deve ser controlado, sob pena de ser um obstáculo a evolução democrática.

Grave situação é aquela em que se alega que é possível a dilação do prazo em virtude da participação da defesa¹⁰⁴. Com isto está sendo desrespeitado o princípio da ampla defesa, pois se a defesa do acusado requer, por exemplo, a oitiva de uma testemunha residente em outra comarca, mesmo sendo seu depoimento importante para a defesa do acusado, estará indiretamente prejudicando o réu.

Outra tese comum, encontrada nas decisões dos tribunais é a de que o alargamento do limite temporal não é ilegal em virtude do excessivo número de processos que tramitam nas varas criminais, bem como pela quantidade de acusados envolvidos em um processo¹⁰⁵. O Estado é que deve se responsabilizar pela prestação jurisdicional, e sendo assim, por ter assumido a responsabilidade de processar e julgar um cidadão, não pode prejudicá-lo por sua morosidade e ineficiência.

Em outros países o limite máximo para a prisão cautelar encontra-se regulamentado em lei, como é o caso da Itália¹⁰⁶, Espanha¹⁰⁷, Portugal¹⁰⁸, entre outros.

A ausência de regulamentação do limite temporal das prisões cautelares traz inúmeros prejuízos aos detentos, pois os priva de sua liberdade, mesmo sem ter sido considerado culpado por sentença transitada em julgado, e o pior, estão presos de maneira ilegal, sofrendo todos os males que os cárceres causam aos cidadãos.

¹⁰³ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁴ “No entanto, obedecendo a lógica inquisitiva do Código, as atitudes defensivas e o requerimento tomados em seu nome são considerados como causas justificadas de dilação do limite temporal, numa clara manifestação do quanto a participação da defesa de modo amplo é indesejada no processo” (CHOUKR, *Op. Cit.*, p.502)

¹⁰⁵ STJ: “Ainda que a lei processual estabeleça prazos mínimos para o encerramento da formação da culpa na hipótese de ação penal em que são denunciados réus sob custódia preventiva, a ultrapassagem desse prazo não constitui constrangimento ilegal, nos casos em que o processo, pelas suas peculiaridades, revela acentuada complexidade, seja pela **pluralidade de réus**, seja em face da colheita de provas”. (RT 764/504) (grifo nosso)

¹⁰⁶ Dois anos quando a pena máxima de reclusão não exceda seis anos; quatro anos se a pena cominada ao delito variar entre 6 (seis) e 20 (vinte) anos; e seis anos quando a pena máxima é superior a 20 (vinte) anos ou é pena perpétua.

¹⁰⁷ No direito espanhol o prazo é mais curto que no direito italiano: três meses quando a pena cominada for a de arresto mayor; um ano quando for prisión menor; e dois anos quando for prisión mayor, reclusión menor, ou reclusión mayor.

¹⁰⁸ Artigo 209 do Código Penal Português, combinado com o artigo 215: 35 (trinta e cinco) meses para os crimes cuja pena máxima é superior a oito anos de prisão; quatro anos para os crimes com pena máxima superior a oito anos de prisão, mas que sejam considerados de excepcional complexidade; e dois anos para os demais delitos.

Quando o bem jurídico é um direito fundamental, no caso em tela a liberdade, não há margens para erros, pois estes podem ser incorrigíveis.

A fixação de um limite para a duração da prisão cautelar justifica-se sobre vários aspectos com relação ao cidadão acusado, pois a este é garantido o direito de ser julgado em um prazo razoável (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – artigo 7º) e sem dilações indevidas. Apenas respeitando estas garantias do cidadão, e reduzindo, ao máximo, o período em que ele pode ficar preso cautelarmente, é possível evitar os sofrimentos físicos e psicológicos decorrentes do encarceramento.

Há ainda, a necessidade de o Estado julgar celeremente o acusado, pois é o responsável por realizar “justiça”, bem como dar uma resposta à sociedade, isto, porém, sem comprometer a correta colheita de provas¹⁰⁹.

3.3 CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA

Conforme já exposto no capítulo anterior, as prisões cautelares são procedimentos cuja finalidade é proteger e garantir o bom andamento do processo, bem como a efetivação da decisão final.¹¹⁰ Logo, são instrumentos, que estão à disposição do instrumento processo, sendo que aqui reside a chamada instrumentalidade qualificada.¹¹¹

Esta característica de instrumento do instrumento processo é essencial para que as prisões cautelares tenham realmente natureza cautelar, pois caso não se encontre nelas a instrumentalidade qualificada, estes procedimentos cautelares não estarão cumprindo seu escopo e, assim sendo, são ilegais, haja vista que são inconstitucionais.

¹⁰⁹ DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 236.

¹¹⁰ “A tutela cautelar é, quando comparada com o direito substancial, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são instrumentos do direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a atuação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumento do instrumento”. (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas: Servanda, 2000, p.42).

¹¹¹ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 208.

Quando a prisão cautelar não está acompanhada de seu escopo principal – a proteção do processo – esta prisão, na realidade, está cumprindo outro papel, qual seja, de cumprimento antecipado de pena¹¹². Algo do gênero seria – como de fato é – um absurdo, pela inconstitucionalidade e pela ilegalidade. Com relação a impossibilidade da prisão cautelar ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, assim tem se posicionados os tribunais: *“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. ART. 121, § 20, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO QUE JUSTIFIQUE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL FINDA. ANDAMENTO PROCESSUAL REGULAR. AUSÊNCIA DE CONTURBAÇÃO DO AMBIENTE PRISIONAL. AMEAÇA DE TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. CO-RÉUS QUE, ADEMAIS, FORAM LIBERTADOS PARA RESPONDEREM AO PROCESSO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PACIENTE SEM CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR. I - A prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da persecutio criminis. II - Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva. III - No caso, a instrução criminal findou-se, e o paciente foi pronunciado juntamente com outros co-réus na mesma ação e que respondem em liberdade à acusação a eles imputada. Manutenção da custódia do paciente representaria ofensa ao princípio da igualdade. IV - Paciente que, ademais, não ameaçou testemunhas nem conturbou a instrução criminal, além de não ter sido condenado em processo-crime anterior. V - Ordem concedida”*.¹¹³

Dos requisitos autorizadores da prisão cautelar – garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; e garantia da aplicação da lei penal – somente estes dois últimos constituem casos em que a

¹¹³ HC 90464 / RS - Rio Grande do Sul, Habeas Corpus, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/04/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma. Neste sentido também: STF 1 T., HC 90.985, - rel. Ricardo Lewandowski – j. 12.06.2007 – DJU 29.06.2007.

prisão é nitidamente cautelar, pois visa proteger o processo. Sendo que nos demais casos, as prisões cautelares são desvirtuadas e cumprem fins penais (prevenção especial). Desta forma acaba ocorrendo verdadeira antecipação de pena.¹¹⁴

A prisão cautelar que possui o mais evidente contorno de antecipação de pena é aquela cujo fundamento reside na garantia da ordem pública. Isto ocorre porque nestes casos a prisão possui os fins de pena (sanção penal), quais sejam, prevenção geral e prevenção especial. Assim, a prisão perde toda a sua cautelaridade e se “transforma” em uma prisão ilegal, sendo uma verdadeira punição antecipada. Neste sentido assevera Roberto Delmanto Junior ao afirmar que:

... Não resta dúvida de que nestas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em meio de *prevenção especial e geral* e, portanto, em *punição antecipada*, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a conseqüente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.¹¹⁵

Pelos princípios da jurisdicionalidade e o princípio da presunção de inocência, ambos consagrados na Constituição da República, artigo 5º, incisos LIII e LVII, o acusado é considerado inocente através o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que somente pode ser processado e sentenciado por autoridade competente, além de que é vedado qualquer aplicação de pena sem processo.¹¹⁶

Segundo FERRAJOLI, a prisão cautelar, a qual tem fundo autoritário e inquisitivo, tem sofrido perversões, com base na estrita necessidade, e acaba se transformando em um instrumento de prevenção e de defesa social, fundado na necessidade de impedir que o acusado venha a praticar outros delitos.¹¹⁷ Em virtude desta perversão do instituto, FERRAJOLI afirma que:

Al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa espécie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida “procesal”, o

¹¹⁴ LIMA, *Op. Cit.*, p. 154.

¹¹⁵ DELMANTO JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 192.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 04.

¹¹⁷ FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 553.

“cautelar”, y, en consecuencia, “no penal”, en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*.¹¹⁸

A utilização da prisão cautelar, para FERRAJOLI fere o princípio da presunção de inocência, não somente pelo seu uso indiscriminado¹¹⁹, mas porque o instituto é ilegítimo, uma vez que, como mostra a experiência, desvanecia as garantias penais e processuais penais¹²⁰ que protegem o acusado.

Para o citado italiano, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é ilegítima, pois colide com a presunção de inocência do acusado. Tendo em vista esta ilegitimidade, FERRAJOLI propõe a eliminação da prisão preventiva, e visa um processo sem prisão cautelar, dizendo que:

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también – es decir, sobre todo – por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación ; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda hacer trampas, constryendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.¹²¹

Dentre as funções exercidas pela prisão cautelar, destacam-se duas: de ordem punitiva e de ordem processual. A primeira – função de ordem punitiva – está vinculada a uma antecipação de pena¹²², uma vez que se captura o indivíduo suspeito logo depois de ocorrido os fatos, o que caracteriza uma medida de defesa social mais eficaz, e assim primeiro se castiga e depois se processa, ou, melhor, castiga-se processando.¹²³ No Brasil isto é inconstitucional, por evidente.

A prisão cautelar (que é uma verdadeira antecipação de pena) pode ser mais gravosa para o encarcerado que a própria pena em si mesma, haja vista que, mesmo podendo utilizar-se dos benefícios previstos para a execução penal¹²⁴, o

¹¹⁸ FERRAJOLI, *Idem, Ibidem*.

¹¹⁹ FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 555.

¹²⁰ FERRAJOLI, *Idem, Ibidem*.

¹²¹ FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 559.

¹²² FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 775.

¹²³ FERRAJOLI, *Idem, Ibidem*.

¹²⁴ Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

indivíduo preso cautelarmente não pode utilizar-se de determinados benefícios, como, por exemplo, de medidas alternativas¹²⁵.

Realizando uma análise nas praxes forenses verifica-se que a prisão, que era para ser cautelar e excepcional, encontra-se cada vez mais banalizada, e com índole de antecipação de pena. Nas palavras de FERRAJOLI:

... en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en mecanismo directamente punitivo.¹²⁶

Os prejuízos causados pelo encarceramento são vários e, via de regra, são irreparáveis. Como é sabido, o cárcere é um ambiente hostil, no qual o cidadão não tem as mínimas condições de vida, e onde sofre pressões de ordem física e psicológica.

Estes malefícios causados pelo encarceramento, obviamente não atingem somente os condenados, mas também os presos provisoriamente.

Todo o esforço midiático, apelo popular e o chamado “gozo coletivo”¹²⁷ que impulsiona alguns juízes a banalizar, cada vez mais, a prisão cautelar, deve fazer com que estes sejam responsabilizados pelas suas atitudes, pois tal banalização das prisões cautelares é um reflexo da má atuação deles, os quais não estão respeitando as leis, principalmente a Constituição da República e, desta forma, fazendo com que cidadãos cumpram penas mesmo sem ter sido declarados culpados.

Com relação à responsabilidade dos juízes pelas conseqüências deste desenfreado “gozo pela punição”¹²⁸ e a conseqüente antecipação de pena, leciona JACINTO COUTINHO:

Quem manda prender tem – ou deve ter – responsabilidade por isso; e não só gozar. É o que se tem passado, em larga escala, no Brasil. Prende-se para gozar (eis as medidas cautelares sendo usadas para outros fins); depois se vai ver se é mesmo o caso de, conforme a CR, prender. O meio tem virado fim. A prisão cautelar tem sido, com perigosa normalidade,

¹²⁵ FERRAJOLI, *Idem, Ibidem*.

¹²⁶ FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 770.

¹²⁷ COUTINHO, *O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos)*, p. 137-150.

¹²⁸ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

usada como pena. E o processo penal uma pantomima; um jogo de cartas marcadas, dos quais *ex ante* e com freqüência, sabe-se o resultado. Eis o reino do sistema inquisitório.¹²⁹

O processo penal trabalha com a liberdade do cidadão, direito inerente a todos, e que não permite erros, pois estes podem ferir - e ferem - a dignidade da pessoa humana, com conseqüências gravíssimas. Nas palavras de JACINTO COUTINHO, “numa democracia todos são responsáveis pelo futuro democrático e ele só se dá com efetiva harmonia entre os poderes”.¹³⁰

4 A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

4.1 MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1.1 Conceito

Dispõe o artigo 127, da Constituição da República: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pela disposição constitucional fica evidente a importância que ela possui, sendo considerada como uma instituição cujo objetivo é a preservação dos valores fundamentais do Estado¹³¹.

Ser um órgão permanente é uma característica que tem como premissa ser o Ministério Público um órgão que manifesta a soberania do Estado¹³².

O fim principal para o qual o Ministério Público é destinado é o zelo do interesse público, o qual pode ser primário (bem geral), social, ou da coletividade¹³³. Saliente-se, ainda, que até o interesse individual, nos casos em que for indisponível,

¹²⁹ COUTINHO, *Idem, Ibidem*.

¹³⁰ COUTINHO, *Da política pública ditada pelo poder judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária*, p. 09.

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Op. Cit.*, p. 210.

¹³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.47.

¹³³ MAZZILLI, *Idem*, p. 48.

embora discutível, pode ser considerado uma forma de interesse público; e desta feita, protegido pelo Ministério Público.

Ainda, no conceito de Ministério Público apresentado no artigo 127 da Constituição da República, está a defesa da ordem jurídica, bem como a defesa da democracia¹³⁴ e dos interesses indisponíveis.

O Ministério Público por ser órgão do Estado é dotado de poder, sendo que a ele é destinada determinada parcela da soberania estatal.¹³⁵ Este poder, do qual é dotado, na definição de Diogo Figueiredo Moreira Neto, “uma relação na qual a vontade tem capacidade de produzir os efeitos desejados.”¹³⁶

A instituição Ministério Público possui a capacidade de produzir os efeitos desejados pela sua vontade, haja vista que tem como funções principais, ser parte¹³⁷ em determinado processo, bem como agir como ‘*custo legis*’, isto é, fiscal da lei. Desta maneira dispõe o artigo 257, do Código de Processo Penal, ao enunciar que “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”. O mesmo se dá nos processos decorrentes de ação penal de iniciativa privada.

Tendo como base o poder e as suas características, Sylvio Roberto Degasperi Khulmann conceitua o Ministério Público como:

Órgão do poder formal, que se legitima pelo atendimento a interesses sociais. Caracteristicamente, sobrevive sob uma tensão constante que se estabelece entre o atendimento às razões que formam o seu consenso e o legitimam junto à sociedade e a satisfação às razões práticas do poder real.¹³⁸

¹³⁴ Interessante, no que tange a defesa da democracia, por parte do Ministério Público, as palavras de Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, citado por Hugo Nigro Mazzilli, para quem “O Ministério Público é instituição que só atinge sua destinação última em meio essencialmente democrático”.

¹³⁵ MAZZILLI, *Idem*, p.35.

¹³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 90-92.

¹³⁷ Na doutrina, questão polêmica era a de classificar a atuação do Ministério Público como parte *sui generis* (Manzini, Tornaghi), parte imparcial (De Marsico, Noronha), parte parcial (Carnelutti), parte material ou processual (Frederico Marques), parte formal, instrumental ou processual (Leone, Olmedo, Tourinho), ou até como não sendo parte (Otto Mayer, Petrocelli).

¹³⁸ KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. *Os atos do Ministério Público no devido processo penal*. Curitiba, 2003, 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 69.

4.1.2 Princípios do Ministério Público

Os princípios que regem o Ministério Público estão elencados no parágrafo único do artigo 127 da Constituição da República, e são: princípio da unidade, princípio da indivisibilidade e princípio da independência funcional.

Analisando os princípios que norteiam o órgão do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli afirma que o órgão não se limita apenas a realizar a persecução penal e defender os interesses individuais ou dos governantes, pois a ele está destinado a defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, à defesa da ordem jurídica e do regime democrático¹³⁹.

O princípio da unidade traz a idéia de que o Ministério Público é um só organismo, uma única instituição, e quando um de seus membros está atuando, quem está efetivamente atuando é o órgão Ministério Público¹⁴⁰. Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli define unidade como “o conceito de que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe¹⁴¹”. A unidade da qual é dotado o Ministério Público não se relaciona com a instituição e sim com o *fazer* da instituição¹⁴².

A indivisibilidade que caracteriza o Ministério Público é mais marcante que a unidade (ser um único órgão), uma vez que deve ser lida como a possibilidade de seus membros serem substituídos uns pelos outros, sem que o órgão perca sua essência. Contudo, tal substituição somente pode se dar quando previamente disciplinada em lei e em normas regulamentares da própria instituição¹⁴³. Saliente-se que a Lei 8.625/93, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu artigo 24¹⁴⁴, possibilita a substituição do Promotor natural.

São apontados três requisitos para que seja possível a substituição de um membro por outro: permissão legal para a substituição; o ato decorra de autoridade

¹³⁹ MAZZILLI, *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁴⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal - promotor natural atribuição e conceito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 46.

¹⁴¹ MAZZILLI, *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁴² TEIXEIRA, Francisco Dias. *Princípios Constitucionais do Ministério Público*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 309, jul./ago. 2004.

¹⁴³ TEIXEIRA, *Idem*, p. 311.

¹⁴⁴ “O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça Titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele”.

com atribuição para este fim; a substituição se dê para a prática de atos compreendidos no âmbito da atribuição do membro substituído.¹⁴⁵

Acerca da indivisibilidade do Ministério Público, aduz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que:

Significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar. Um pode ser substituído pelo outro, sem qualquer vinculação de opinião e, sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição.¹⁴⁶

No que se refere ao relacionamento entre o princípio da indivisibilidade e o princípio da unidade, interessante é o posicionamento de Francisco Dias Teixeira, ao afirmar que estes princípios não se colidem. Na realidade se ajustam, pois:

O primeiro vincula a instituição em ponto imediato, concreto (o ato do membro); o segundo orienta-o por meio de um ponto recuado, concebível intelectivamente, mas nunca plenamente realizável, utópico, mesmo.¹⁴⁷

O Ministério Público é um órgão independente, garantia esta que se encontra prevista na Constituição da República. A independência funcional possibilita aos membros do Ministério Público atuar de forma livre e independente, no sentido de que podem e devem agir segundo suas próprias convicções, não ficando restrito às recomendações e/ou opiniões dos demais membros da instituição, inclusive do Procurador-geral. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma ser a independência funcional:

O princípio maior da instituição, que se traduz no direito de o Promotor ou Procurador de Justiça oficial livre e fundamentadamente de acordo com sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja. Esta independência funcional é ilimitada, não estando o membro do *parquet* sujeito sequer as recomendações do Conselho Superior do Ministério Público para o desempenho de suas funções, ainda naqueles casos em que se mostre conveniente a atuação uniforme.¹⁴⁸

¹⁴⁵ CARNEIRO, *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁴⁶ CARNEIRO, *Idem, Ibidem*, p. 46-47.

¹⁴⁷ TEIXEIRA, *Op. Cit.*, p. 312.

¹⁴⁸ CARNEIRO, *Op. Cit.*, p. 48.

Assim, mesmo que o membro do Ministério Público emita um parecer, o qual está em desacordo com as recomendações gerais da instituição, se este parecer estiver de acordo com lei, não pode ser, desconsiderado, pelo simples fato de não estar agindo como o recomendado. Podendo mesmo agir de forma contrária ao que recomenda o chefe da instituição (Procurado-geral), haja vista que a hierarquia no Ministério Público é no âmbito administrativo.¹⁴⁹

Relacionado com a independência funcional está a chamada autonomia funcional do Ministério Público. A autonomia funcional, ao contrário da independência, não se refere à atuação do membro do Ministério Público: ela se relaciona com os demais órgãos do Estado.

A autonomia funcional, da qual é dotado o Ministério Público, refere-se à sua atuação e os outros órgãos do Estado, sendo que estes não podem exercer qualquer controle hierárquico sobre a forma de atuar da instituição.

Contudo, há opinião contrária na doutrina, segundo a qual a independência funcional se traduz na possibilidade de os membros do Ministério Público agir livremente, isso em face da própria instituição.¹⁵⁰

Os membros do Ministério Público ainda possuem determinadas garantias das quais são dotados os magistrados, tais como: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos¹⁵¹. Há, ainda, o foro por prerrogativa de função, sendo que os membros do Ministério Público têm foro diferenciado em virtude do cargo que ocupam.

4.1.3 Funções – Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988, ao tratar da instituição Ministério Público, colocou-o no seu Capítulo IV, cujo título é “Das funções essenciais à Justiça”. Logo, depreende-se do texto constitucional que as funções do Ministério Público relacionam-se com o Poder Judiciário, contudo suas funções não são apenas relacionadas com este Poder.

¹⁴⁹ CARNEIRO, *Idem, Ibidem*.

¹⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Independência do Ministério Público*. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de (Coordenador) Ministério Público – Instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997, p. 107.

¹⁵¹ Previsto no artigo 128, parágrafo 5, inciso I, da Constituição da República.

No artigo 127 da Constituição, em que está presente um conceito acerca da instituição Ministério Público, encontra-se também a colocação de suas funções, as quais são essenciais à função jurisdicional do Estado e são as de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

As funções previstas na Constituição da República foram anteriormente regulamentadas em norma infraconstitucional, qual seja, a Lei Complementar n. 40/81.

Podem ser de duas maneiras as funções exercidas pelo Ministério Público: agindo como parte (órgão agente), ou agindo como fiscal da lei (órgão interveniente).¹⁵²

Hugo Nigro Mazzilli classifica as funções exercidas pelo Ministério Público em funções típicas e funções atípicas. As funções típicas são aquelas peculiares e próprias da instituição, tais como a promoção da ação penal pública. São consideradas funções atípicas as que são confrontadas com a destinação global do Ministério Público.¹⁵³

O artigo 129 da Constituição da República enumera as funções institucionais do Ministério Público, que são: promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para os fins de intervenção da União e dos Estados; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; exercer o controle da atividade policial; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; exercer outras funções que lhe forem compatíveis com sua finalidade.

Analisando o artigo acima citado, nota-se que embora muito se tenha pensado na função do Ministério Público relacionada somente com a atuação na esfera criminal, as suas atividades em outras esferas jurídicas é bastante intensa e

¹⁵² CARNEIRO, *Op. Cit.*, p. 07.

¹⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 104-105.

indispensável para a proteção do interesse público. Não deve se limitar apenas a atuação do Ministério Público no âmbito penal, como assevera Hugo Nigro Mazzili:

... longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos direitos indisponíveis do indivíduo e da sociedade, à defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático.¹⁵⁴

Diante das várias funções incumbidas ao Ministério Público, este é órgão indispensável para a proteção do Estado Democrático de Direito, pois a ele cabe a tutela de interesses públicos. A importância da atuação do Ministério Público para defender os interesses sociais faz com que este seja órgão indispensável no Estado Democrático, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Um país democrático, que pretensamente caminha para a democracia material (sem medo, freudianamente falando), não pode dispensar um MP sério, desligado da ingerência política (a mais perniciosa) e dos demais grupos de pressão (econômicos, sociais, etc.), e atuante, em todos os sentidos, na defesa da estrutura da sociedade, contra quem quer que seja: um Promotor de Justiça; por definição.¹⁵⁵

Nas brilhantes palavras de Sylvio Roberto Degaspero Kuhlmann, “para os órgãos do Ministério Público, o primeiro passo consiste em adquirir a consciência do poder que têm e a sua finalidade ética¹⁵⁶”.

4.1.3.1 Atuação criminal

Dentre as múltiplas funções e formas de atuar no Ministério Público destaca-se a sua atuação na esfera criminal, seja agindo como “parte”, seja como fiscal da lei. Há ainda a possibilidade de o Ministério Público atuar como “interveniente

¹⁵⁴ MAZZILLI, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, p. 13.

¹⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 332, 1995, p. 244.

¹⁵⁶ KUHLMANN, *Op. Cit.*, p. 104.

adesivo obrigatório”, como no processo decorrente de iniciativa privada substitutiva da pública.¹⁵⁷

A atuação de maior destaque, realizada pelo órgão do Ministério Público, na esfera criminal, é a sua titularidade para promover a ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da República). O membro do Ministério Público ao se deparar com o inquérito policial, pode tomar determinadas atitudes, como requer o arquivamento deste, requerer a realização de diligências¹⁵⁸, e principalmente oferecer a denúncia nos casos em que estiverem presentes os requisitos legais.

Tendo em vista que oferecimento da denúncia, como o ato que propicia o desencadeamento do processo penal, é bastante comum o pensamento de que o Promotor de Justiça, nesta forma de atuação criminal, está no lado oposto do acusado e, logo, tem a função de sempre querer sua condenação, pois desta forma estaria protegendo a sociedade. Entretanto, o membro do Ministério Público não é obrigado a pedir (em alegações finais, por exemplo) pela condenação do acusado¹⁵⁹. O dever do órgão Ministério Público é acima de tudo o de promover a fiscalização da execução da lei¹⁶⁰. Afinal, é um Promotor de “Justiça”, antes de tudo. Neste sentimento, interessante o posicionamento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

Pela leitura do dispositivo legal citado (art. 257 do C.P.P.), verifica-se que o Ministério Público, como parte na ação penal pública, não está obrigado a promover-la, única e exclusivamente para obter a condenação do réu, mas antes sua atuação, nesta qualidade, é a de velar, usando de todos os meios possíveis, pela correta aplicação da lei, tanto processual como material, que no processo se resume na obtenção de uma sentença legal e justa.¹⁶¹

¹⁵⁷ Segundo o artigo 29 do Código de Processo Penal “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Pública aditar a queixa, repudiá-la ou oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

¹⁵⁸ Apenas o Ministério Público pode requerer o arquivamento do inquérito policial, não podendo fazê-lo a autoridade policial, pois dispõe o artigo 17 do Código de Processo Penal: “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

¹⁵⁹ “Nesse campo criminal, porém, ao contrário do que muitos leigos pensam, não é o promotor de justiça obrigado a acusar: tem plena liberdade de convicção e de atuação, podendo e devendo pedir a absolvição ou recorrer em favor do acusado, caso se convença de sua inocência; igualmente pode impetrar *habeas corpus* em seu benefício, se entender que há constrangimento ilegal” (MAZZILLI, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, p. 12).

¹⁶⁰ Artigo 257 do Código de Processo Penal: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”.

¹⁶¹ CARNEIRO, *Op. Cit.*, p. 09.

A função de garantidor da correta aplicação de lei penal é de tamanha importância que mesmo tendo sido oferecida denúncia pelo Ministério Público, é permitido a ele, na realidade é um dever, nos casos em que o acusado estiver sofrendo uma coação ilegal no seu direito de ir e vir, impetrar *habeas corpus*, conforme artigo 654, do Código de Processo Penal.

Há, ainda, outras formas de atuar no Ministério Público que “beneficiam” o acusado, tais como pedir a absolvição em alegações finais (artigo 385, do Código de Processo Penal), apresentar recurso em favor do acusado¹⁶², bem como mover a ação de revisão criminal.

O processo penal, como é sabido, tem como sanção máxima a aplicação da pena, a qual, em sendo a privativa de liberdade, retira do cidadão o seu bem máximo, após seu direito a vida, qual seja, a sua liberdade, seu direito de locomoção, seu direito de ir e vir.

O Ministério Público como fiscal da lei tem a função de defender a liberdade dos cidadãos, sempre tendo em vista as males inerentes ao processo, o qual por si só já pode ser considerado uma penalização. Assim, para o oferecimento de uma denúncia, faz-se mister analisar se estão presentes todos os requisitos legais, pois como expõe Hugo Nigro Mazzilli:

Por paradoxal que possa parecer, seu mister acusatório já constitui o primeiro fator de proteção das liberdades individuais, por assegurar o contraditório na acusação e possibilitar a presença de um juiz imparcial, porque desvinculado do ônus de acusar.¹⁶³

No que se refere às prisões cautelares, por serem medidas drásticas ao cidadão e por ocorrem mesmo sem ter sido ele considerado culpado, é indispensável que o órgão do Ministério Público, o qual sempre dá um parecer opinativo, como fiscal da(s) lei(s), principalmente da Constituição da República, analise de forma fundamentada se é o caso ou não da utilização d medidas tão

¹⁶² “Ministério Público. Recurso em favor do réu. Tem o Ministério Público interesse em recorrer (CPP art. 577, parágrafo único), em favor do réu, de sentença penal condenatória. Aplicação dos princípios contidos nos arts. 257, 385 e 654 do CPP e no art. 247 do Regimento Interno do STF. Recurso Extraordinário conhecido pela letra c, e provido”. (STF, Recurso Extraordinário Criminal n. 86.088, Rio de Janeiro, 22/11/77. Ainda neste sentido: RJTJ, 112:509).

¹⁶³ MAZZILLI, *Op. Cit.*, p. 12.

drásticas e, se elas são razoáveis e proporcionais no caso em tela. Acerca desta atuação ministerial, aduz Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann que:

Os requerimentos de prisão, de busca e apreensão, de quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, porque restritivos a direitos fundamentais, antes mesmo de endereçadas ao Poder Judiciário devem passar sob o exame prévio da razoabilidade e da proporcionalidade do Ministério Público.¹⁶⁴

Tendo em vista que as prisões cautelares afetam diretamente um direito fundamental do cidadão, qual seja, a sua liberdade, constitucionalmente garantida, e considerando que cabe ao Ministério Público agir como fiscal da lei e proteger os interesses indisponíveis, este deve agir sempre visando a proteção do cidadão, não se calando diante de uma ilegalidade, pois caso não aja desta maneira, estará desvirtuando sua função. É uma questão, porém, de mentalidade; e assim sempre simples de ser entendida por todos, mormente pela idiosincrasia.

4.2 A DEVIDA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares são medidas cautelares da natureza pessoal, sendo que retiram a liberdade do indiciado/acusado antes mesmo no trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em virtude das drásticas conseqüências causadas por uma prisão cautelar e, por ser medida excepcional, esta somente poderá ser aplicada nos casos em que sejam necessárias, proporcionais, razoáveis e adequadas.

Como se sabe, as prisões cautelares opõe-se diretamente ao princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Apesar de ser evidente que as prisões cautelares somente devem ser decretadas nos casos em que esteja realmente visível sua necessidade, os tribunais de maneira desenfreada e irresponsável: têm-se utilizado delas de forma incorreta, banalizando-as cotidianamente.

¹⁶⁴ KHULMANN, *Op.Cit.*, p. 97.

São diversos os argumentos utilizados para a banalização de prisões cautelares, mesmo sem a devida necessidade. Dentre eles encontram-se os argumentos da proteção da ordem pública, periculosidade do agente acusado de ser o autor do delito, entre outros.

Esta banalização intensa, que está cada vez mais comum na praxe forense, faz com que o instituto da prisão cautelar esteja sendo desvirtuado, muitas vezes sendo utilizado como se fosse uma verdadeira pena aplicada ao indiciado/acusado.

O órgão do Ministério Público (que dentre suas várias funções destaca-se a proteção do cidadão e a proteção da lei) deve estar atento e sempre agir quando uma destas proteções não esteja sendo respeitada. No ordenamento jurídico pátrio a lei maior, que fundamenta todas as demais e para a qual se deve uma obediência total é a Constituição de República, e, por ela, deve-se agir, mesmo porque sem ela os cidadãos estão desprotegidos quantos aos seus direitos e garantias.

A Constituição da República expõe, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O princípio da presunção de inocência opõe-se diretamente com à prisão cautelar, pois esta pode fazer com que o indiciado/acusado seja considerado culpado mesmo sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Tudo depende, por óbvio, do caso concreto.

Por tutelar as garantias e direitos fundamentais do cidadão, o Ministério Público deve agir com o fim de contrariar esta intensa banalização das prisões cautelares pois, nos casos em que elas não são necessárias, o cidadão vai sofrer enormes prejuízos, os quais muitas vezes são irreversíveis. Assim que ao se evidenciar uma ilegalidade deve sempre postular em favor do acusado, podendo, ou melhor, devendo, por exemplo, impetrar *habeas corpus* em seu favor.

A atuação do Ministério Público neste quadro de banalização diária é indispensável para a proteção da Lei, do Estado Democrático de Direito e, principalmente, para garantia da dignidade da pessoa humana, que é o corolário da Constituição da República.

O Promotor de Justiça, assim como todo jurista, tem com instrumento a dogmática, sendo que não pode preteri-la, pois seu desconhecimento possibilita

uma alienação.¹⁶⁵ Porém, os juristas, como sujeitos do conhecimento, os quais são agentes participativos na construção da realidade, devem deixar claras suas ideologias, uma vez que na democracia é necessário que eles assumam-nas¹⁶⁶.

Tendo em vista que a legislação processual penal – em especial o Código de Processo Penal, elaborado com base em um código fascista – não é capaz de zelar e respeitar os direitos e garantias dos cidadãos, cabe aos profissionais do direito, e em especial, aos Promotores de Justiça, agir conforme suas próprias consciência e ideologias, para efetivar o preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, e somente agindo assim, pois somente assim pode-se diminuir as mazelas decorrentes dos desrespeitos ao cidadão presentes nas leis processuais penais.

O Promotor de Justiça agindo com sua consciência e ideologia voltada para o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos é indispensável para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Ademais, não se pode olvidar que a grande massa da “clientela” da Justiça Criminal é constituída por cidadãos desprovidos das mínimas condições de, por processados, fazer valer seus direitos e garantias. Aí, sobra-lhes um Ministério Público, quem sabe, como última alternativa de Justiça, ou seja, um órgão do Estado dirigido a, verdadeiramente, funcionar como *Promotor de Justiça*.

¹⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 06.

¹⁶⁶ COUTINHO, *Idem*, p. 46.

5 CONCLUSÕES

1. No processo penal positivo brasileiro não existe um processo cautelar. Existem as medidas cautelares, as quais têm a função de preservar a obtenção do provimento jurisdicional final.

2. As prisões cautelares são medidas cautelares pessoais, isto é, recaem sobre a pessoa do cidadão, e têm o fim precípua de resguardar o processo de conhecimento, e para tal retiram sua liberdade, apenas nos casos previstos em lei.

3. Partindo da previsão constitucional do artigo 5º, inciso LVII, em que se consagra o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém, será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nota-se que no ordenamento jurídico pátrio a liberdade constitui a regra, sendo a prisão a exceção.

4. O primeiro pressuposto das prisões cautelares é *fumus comisi delicti*, ou seja, a probabilidade da existência de um delito, a qual tem como base a prova da materialidade de um delito e indícios suficientes de autoria.

5. O segundo pressuposto previsto no regime das prisões cautelares é o *periculum libertatis*, segundo o qual, estando o acusado/indiciado em liberdade poderá colocar em risco o andamento correto do processo, bem como a efetivação de uma futura sentença condenatória.

6. Tomando por base a prisão preventiva, por ser ela considerada a prisão cautelar por excelência, a prisão cautelar poderá ser decretada para garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal, e para assegurar a aplicação da lei penal.

7. As prisões cautelares são norteadas pelos princípios da jurisdicionalidade, da excepcionalidade, da necessidade, da proporcionalidade, e da adequação.

8. Ocorre que, apesar de poder ser decretada apenas nos casos de necessidade, as prisões cautelares estão sendo decretadas cada dia com mais frequência pelos tribunais, mesmo nos casos em que ela dispensável.

9. Na praxe forense está ocorrendo uma banalização das prisões cautelares, e assim desvirtuando-as de sua verdadeira finalidade.

10. Muito comum encontrar prisões cautelares decretadas com fundamento na garantia da ordem pública, sendo que não há uma definição exata do que seja a ordem pública, e que os argumentos utilizados para fundamentar a prisão cautelar que visa garantia a ordem pública ferem a Constituição da República, e, são, conseqüentemente, inconstitucionais.

11. Além deste grave problema, as prisões cautelares não têm um período de duração estabelecido em lei, e em virtude de estarem desvirtuadas de sua real função, estão funcionando como uma verdadeira antecipação de pena.

12. O órgão do Ministério Público tem, dentre as várias funções explícitas na Constituição da República, o dever de zelar pelo respeito à lei, e pelos direitos indisponíveis dos cidadãos, para, assim, desenvolver um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

13. O Ministério Público em atuação criminal não deve agir como um adversário do acusado, pois cabe a ele a defesa dos interesses dos cidadãos; tanto é assim que, caso seja o caso pode postular pela absolvição, bem como impetrar *habeas corpus*, e mover a revisão criminal.

14. Pelo princípio da independência funcional, os membros do Ministério Público têm a possibilidade de agir conforme suas convicções, não sendo obrigados a obedecer a ordens superiores. Desta maneira, os profissionais devem agir conforme suas consciências, jamais esquecendo, que o bem jurídico no processo penal é a liberdade do cidadão, o qual na maioria dos casos é miserável, é precisam de um verdadeiro Promotor de Justiça.

15. Levando-se em consideração a má qualidade das leis processuais penais, e a necessidade de fazer proteger a liberdade do cidadão, garantida constitucionalmente, o Promotor de Justiça deve combater a banalização das prisões cautelares, e para tal deve evitar que sejam decretadas as irregulares e/ou ilegais, e nos casos em que elas já foram decretadas devem agir de forma a eliminá-las, pois somente assim, preservando a liberdade dos cidadãos estará agindo como um Promotor de “Justiça”, o qual é indispensável na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 44, p. 71-84, jul./set. 2003.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

BARREIROS, José António. *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Sugestões Livraria S/S, 1969.

_____. *Processo penal cautelar*. São Paulo, 1989.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Cid, 2004.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne Boétie*. In: Crítica à teoria geral do processo penal / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73-105.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas: Servanda, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal - promotor natural atribuição e conceito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. v. 2. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A "ordem pública" como fundamento da prisão cautelar – uma visão jurisprudencial*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 01, n. 04, p. 89-93, out./dez. 1993.

_____. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo poder judiciário no tocante à saúde pública e o paradoxo quanto à política carcerária. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 20 de maio de 2007, Caderno de direito e cidadania, p. 08-09.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 1998. p. 163-198.

_____. *Justiça criminal: distorções políticas*. Carta Forense. São Paulo, p. 38-39, jul. 2007.

_____. *O gozo pela punição (em face de um Estado sem recursos)*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; Morais, José Luiz Bolzan; STRECK, Lênio Luiz (organizador). Estudos Constitucionais. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.

_____. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. In: Boletim Ibccrim. São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 11-13.

_____. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-49.

_____. *Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 332, 1995, p. 244.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão Preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, jan./mar. 2003, p. 123-149.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Funções e limites da prisão processual*. In: Revista Brasileira de Ciências, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 64, jan/fev. 2007, p. 239-252.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta, 2004.

GERBER, Daniel; CANTERJI, Rafael Braude. *Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade*. In: Boletim Ibccrim. São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 09-10.

KARAM, Maria Lúcia. *Prisão e liberdade processuais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 01, n. 02, abr./jun. 1993, p. 84-93.

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. *Os atos do Ministério Público no devido processo penal*. Curitiba, 2003, 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

LIMA, Camila Eltz. *A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal*. In: Revista de Estudos Criminais, ano 03, n. 11, 2003, p. 148-160.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., v. 4. Campinas: Millenium Editora, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Independência do Ministério Público*. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de (Coordenador) Ministério Público – Instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fonte legislativa*. Bauru: Editora Javoli, 1983.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RAMOS, João Gualbeto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. São Paulo: Leud Editora, 1993.

TEIXEIRA, Francisco Dias. *Princípios Constitucionais do Ministério Público*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, jul./ago. 2004, p. 291-315.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Da prisão e da liberdade provisória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 02, n. 07, jul./set. 1994, p. 73-90.

_____. *Processo Penal*. 29. ed., v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.